

Mastergradsoppgave

JUS399

Sosiale medier i arbeidsforhold

Hvordan et forbud mot å bruke sosiale medier i arbeidstiden vurderes rettslig og hvordan arbeidsgiver kan reagere mot en arbeidstaker som bryter med et slikt forbud.

Kandidatnr: 188215

Veileder: Hege Abrahamsen

Antall ord: 14276

01.06.2011

Innholdsfortegnelse

1 Innledning	4
1.1 Bakgrunn	4
1.2 Problemstilling og aktualitet	6
1.3 Eksempler	6
1.4 Oppbygning av oppgaven	8
2 Avgrensning og definisjoner	8
2.1 Avgrensninger	8
2.2 Definisjoner	9
2.2.1 Arbeidstaker	9
2.2.2 Arbeidsgiver	9
2.2.3 Sosiale medier	9
2.2.4 Styringsrett	10
2.2.5 Kontrolltiltak	11
2.2.6 Arbeidstid	12
3 Arbeidsgivers adgang til å forby bruk av sosiale medier i arbeidstiden	13
3.1 Et utgangspunkt	13
3.2 Styringsrettens begrensninger	13
3.2.1 Begrensninger i tariffavtaler	13
3.2.2 Begrensninger i arbeidsavtaler	14
3.2.3 Begrensninger i arbeidsreglement	14
3.2.4 Oppsummering	15
3.3 Begrensninger i loven – kontrolltiltak	15
3.3.1 Effektivitetshensyn	17

3.3.2	Sikkerhetshensyn	18
3.3.3	Inngrepsvurderingen	20
3.3.4	Oppsummering	22
3.4	Begrensninger i allmenne saklighetsnormer	23
3.4.1	Oppsummering	26
4	Informasjons – og drøftingsplikt	26
4.1	Innledning	26
4.2	Ulovfestet informasjons – og drøftingsplikt	27
4.3	Oppsummering	29
5	Unntak fra bestemmelsene om arbeidstid	29
5.1	Innledning	29
5.2	Hvordan forbudet mot å bruke sosiale medier forholder seg til "ledere"	30
5.3	Oppsummering	32
6	Arbeidsrettslige reaksjoner	32
6.1	Et utgangspunkt	32
6.2	Oppsigelse og avskjed	32
6.3	Momenter i vurderingen	33
6.3.1	Hensikt	34
6.3.2	Førstegangs – og gjentakende mislighold	35
6.3.3	Advarsel	35
6.3.4	Brudd på arbeidsreglement	38
6.3.5	Oppsummering	40
7	Rettspolitisk vurdering og konklusjon	41
8	Referanser	42

1 Innledning

1.1 Bakgrunn

"Arbeid er ofte fornøyselsens far" sa Francois De Voltaire. Fornøyelse som barn fasiliteres gjennom foreldrenes midler. Det er foreldrene som betaler turen til Legoland. Som voksen er man også avhengig av fornøyselser, om det nå er en ferietur, nytt kjøkken eller ny bil. Midlene får man nå i det vesentligste gjennom å arbeide.

Det er ikke dermed sagt at jobben i seg selv ikke kan være en fornøyelse. Bildet kompliseres imidlertid av et slikt utgangspunkt. Arbeidsgiver skal også tjene penger, og han tjener kun penger dersom arbeidstakeren oppfyller sine arbeidsoppgaver. Man får da en grunnleggende motsetning mellom arbeidsgiverens ønske om at arbeidstakeren skal arbeide så mye som mulig og arbeidstakerens eget ønske om tid til å bedrive sine fornøyselser. For å balansere denne motsetningen mellom arbeidsgiver og arbeidstaker er det nødvendig med rettslig regulering.

Regulering fungerer best dersom regelverket gjenspeiler de rådende forhold i samfunnet. Det er dermed sagt at reglene bør tilpasse seg den stadige utvikling, ikke bare på arbeidsplassen, men i samfunnet for øvrig. Nyskapning og forandring i samfunnet skjer ofte i løpet av kort tid. Man vil derfor kunne oppleve at lovverket ikke alltid er oppdatert.

Utbredelsen av internett som verktøy på arbeidsplassen har preget samfunnet både på godt og vondt i over 20 år. Internett har blitt et permanent element på arbeidsplassen, som det må tas hensyn til. Og her ligger en rekke utfordringer, ikke minst for lovgiver. Den teknologiske utvikling har skjedd svært raskt. I større grad enn før opplever man teknologibaserte globale fenomen og trender som svært hurtig får en omfattende og bred tilstedeværelse i samfunnet. Det største og mest fremtredende fenomenet de senere år her til lands må sies å være *sosiale medier*, da med Facebook i spissen.

Fra Facebook fikk fotfeste i Norge i 2006 har nettstedet *nå* så mange som 2,5 millioner norske brukere, ca. 50% av befolkningen. Ser man på alderssammensetningen hos de yrkesaktive er denne andelen

naturligvis høyere og stadig voksende. Statistikk viser at gjennomsnittsbruken av Facebook tilsvarer ca. 31 minutter hver dag, men tallet er så høyt som 51 minutter for brukere mellom 15 og 29 år.¹ På verdensbasis har Facebook nå 600 millioner brukere, men man regner med så mange som 1 milliard brukere innen utgangen av 2012.² "The Facebook" ble lansert i 2004, kun 7 år tilbake. Det betyr nesten 240 000 nye brukere *daglig* i 7 år.

Mulighetene som har oppstått ved å kunne bruk av sosiale medier er mange. Den enkelte bruker opplever nå for første gang i historien å ha en mulighet til å ytre seg offentlig, eller i det minste overfor store deler av befolkningen, samtidig som det krever liten innsats og minimalt med ressurser. Dertil vil følgelig terskelen for å ytre seg være lav, sammenholdt med det faktum at terskelen for å ytre seg over internett er lavere enn ved mellommenneskelig kommunikasjon. Dessuten har man mulighet til å være "online" til enhver tid, enten det er ved hjelp av datamaskin, laptop eller mobiltelefon. Disse momentene sett under ett tilsier at sosiale medier er noe som preger, og i økende grad vil komme til å prege dagens samfunn.

Selve bruken av Facebook har vokst til å bli en livsstil, en selvstendig og dominerende kommunikasjonskanal beregnet for alle samfunnslag. "Alle", fra den vanlige nordmann til statsledere, ytrer i dag sine meninger via sosiale medier. Den samfunnsmessige påvirkningskraft Facebook har ble for alvor tydeliggjort under urolighetene i Midtøsten og Nord-Afrika i begynnelsen av 2011. Opprør og revolusjon ble organisert via sosiale medier. Myndighetene reagerte med å stenge tilgangen, ikke bare til sosiale medier, men også til selve internett, i et forsøk på å stagge gemyttene fra folket.

Bruken av sosiale medier har revolusjonert måten vi deler informasjon med hverandre og ikke minst hvordan vi bruker internett. Før leste vi innhold skapt av profesjonelle aktører. Nå skaper vi vårt eget innhold. Brukerne har tatt over.

En slik utvikling er positiv, men medfører også visse problemer. Statistikk viser som sagt at den daglige bruken nå overstiger 1 time per dag for enkelte grupper nordmenn. I pressen blir sosiale medier ofte omtalt som "den nye tidstyven på arbeidsplassen". For en arbeidsgiver er dette i høyeste grad et reelt problem.

¹ TNS Gallup (2010)

² <http://en.wikipedia.org/wiki/Facebook>

1.2 Problemstilling og aktualitet

I denne oppgaven vil det bli sett nærmere på forholdet mellom sosiale medier og arbeidsretten. Arbeidstakernes ønske og behov for å bruke av sosiale medier i arbeidstiden kan åpenbart komme i strid med de krav arbeidsgiveren ønsker å stille til arbeidstakeren.

Problemstillingen er hvordan et forbud mot å bruke sosiale medier på arbeidsplassen vurderes rettslig, og hvordan arbeidsgiver kan reagere mot en arbeidstaker som bryter et slikt forbud. Sentralt i vurderingen er *i hvilken grad* et slikt forbud må begrenses, enten som et *kontrolltiltak* etter aml. kap. 9, eller på ulovfestet grunnlag.

I skrivende stund har det i Skandinavia ikke vært ført saker for ordinære domstoler der arbeidstakeres bruk av sosiale medier direkte har medført arbeidsrettslige konsekvenser. Mangelen av rettspraksis betyr *ikke* at spørsmålet ikke er relevant. Utviklingen av sosiale medier har eksplodert de senere år, en utvikling som ikke viser tegn til å stoppe, spesielt ved "*generasjon z*" sitt inntog i arbeidslivet.³ Ett av de karakteristiske trekkene med "*generasjon z*" er de har gått gjennom hele livet tilkoblet internett, enten det er via PC eller mobiltelefon. Et øktende antall har utviklet et "*avhengighetsforhold*" til slike verktøy⁴. Lovgiver bør være i forkant og ta høyde for den utviklingen som utvilsomt kommer. Ettersom det ikke finnes relevant rettspraksis på området, er det både *interessant* og *nødvendig* å behandle spørsmålet.

Å skrive en mastergradsoppgave om problematikk som ikke har vært behandlet av domstolene og som ikke har vært gjenstand for konkret utdyping i den juridiske teori er en utfordring. På den annen side gjør dette problemstillingen særlig interessant og spennende å behandle.

1.3 Eksempler

Selv om det ikke har blitt ført saker for domstolene med den aktuelle problemstilling har bruken av sosiale medier hatt arbeidsrettslige konsekvenser i en rekke situasjoner. Den manglende rettspraksis nødvendiggjør bruk av beslektede eksempler for å synliggjøre at bruk av sosiale medier faktisk *har* konsekvenser for arbeidstakere *i dag*.

³ "Generasjon z" er en samlebetegnelse for personer født fra tidlig 90 tall til tidlig 2000 tallet.

⁴ Gasser and Palfrey (2008) s. 4-5

Ansatte i Lindorff og Siemens ble nektet å bruke Facebook i arbeidstiden, i følge Aftenposten.⁵ Arve Paulsen i Lindorff sier at "*[D]enne bruken av arbeidstid synes vi ingenting om. Det går ut over arbeidsproduksjonen*".

Namsos kommune forbyr bruk av Facebook i arbeidstiden.⁶ Assisterende rådmann Ketil Sørvig uttaler: "*Vi tillater ikke at de ansatte bruker av arbeidstida si til å gjøre private aktiviteter på Facebook og lignende nettsteder*".

Brønnøysund Avis skriver at Helse Nord (Nordlandssykehuset i Bodø) stenger arbeidstakere ute fra Facebook på grunn av linjekapasitet. IT sjef Kristian Pedersen uttaler at "*[F]acebook er et nettsted som folk ofte har liggende oppe på skjermen, og det tar mye kapasitet. I tillegg regnes Facebook for å være lite jobbrelatert, og derfor har vil valgt å blokkere det*".⁷

Anthony Ujah (fotballspiller) fikk karantene av sin arbeidsgiver Lillestrøm Sportsklubb etter et kritisk intervju samt at han via Facebook uttrykte misnøye med trener i klubben, Henning Berg.⁸

I Sverige mistet en 28 år gammel mann jobben i Volvo Powertrain etter følgende statusoppdatering på Facebook: "*En dag kvar av veckan på detta dårhus*".⁹ Arbeidsgiver mente mannen hadde vært illojal og ble avskjediget. Samuel Engblom, jurist i TCO med integritetsspørsmål som spesialfelt, uttaler i forbindelse med ovennevnte sak at "*du kanskje oppfatter det som en privat ytring når du skriver det, men det blir veldig fort offentlig. Om du har ett par hundre venner på Facebook så har de vennene i tur flere tusen venner*".

NTB skriver 02.11.2010 at en voldssak i Oslo tingrett måtte behandles på nytt etter at meddommer Max Hermansen hadde spurt sine venner via Facebook om forslag til straff i den aktuelle saken.¹⁰

⁵ <http://www.aftenposten.no/nyheter/iriks/article1775896.ece>

⁶ <http://www.namdalsavisa.no/Nyhet/article4702097.ece>

⁷ <http://www.banett.no/nyheter/article206185.ece>

⁸ <http://www.vg.no/sport/fotball/norsk/artikkel.php?artid=10099058>

⁹ <http://www.vg.no/nyheter/utenriks/artikkel.php?artid=10028879>

¹⁰ http://www.aftenposten.no/nyheter/iriks/article3886235.ece#xtor=RSS-3?utm_source=twitterfeed&utm_medium=twitter

1.4 Oppbygning av oppgaven

Innledningsvis har jeg pekt på at sosiale medier har skapt nye problemstillinger også i arbeidsretten. I kapittel 2 drøfter jeg hvilken adgang arbeidsgiver har til å innføre et forbud mot å bruke sosiale medier, og om en slik rett må begrenses av hensyn til arbeidstakeren. Det reises først spørsmål om et forbud mot å bruke sosiale medier rettslig må defineres som et kontrolltiltak, jfr. aml. kap 9. Så spør jeg i hvilken grad et slik forbud må begrenses av det ulovfestede saklighetskrav, herunder om dette saklighetskravet inkluderer en informasjons – og drøftingsplikt. Videre sees det på i hvilken grad arbeidstakere som er unntatt fra arbeidstidskapittelet, jfr. aml. §10-12, må vurderes særskilt på bakgrunn av et forbud i arbeidstiden. I kapittel 3 ses det på i hvilken utstrekning og under hvilke forhold arbeidsgiveren kan reagere rettslig mot en arbeidstaker som bryter med et forbud mot å bruke sosiale medier.

2 Avgrensninger og definisjoner

2.1 Avgrensninger

Problemstillingen begrenses til å gjelde et forbud mot å bruke sosiale medier *i arbeidstiden*, se pkt.

2.2.6. Jeg har valgt en slik begrensning siden det antas at effektivitets – og sikkerhetshensyn i arbeidstiden vil være dominerende grunnlag for et forbud mot å bruke sosiale medier. Det kan reises spørsmål om styringsretten rekke ut over arbeidstiden, men dette faller utenfor min problemstilling.

Jeg velger videre å avgrense mot problematikk som oppstår der arbeidsgiver ønsker å reagere mot *innholdet* i ytringer som fremmes over sosiale medier. Dette reiser prinsipielle problemstillinger, blant annet om ytringsfrihet, som det ville være å favne for vidt å drøfte her.

Rettsbildet rundt kontrolltiltak ved arbeidsplassen viser som regel ulike tiltak arbeidsgiver setter i verk for å *overvåke* forhold på arbeidsplassen. Sentralt er da spenningsfeltet mellom retten til overvåkning og retten til personvern, som arbeidsmiljøloven nå regulerer. I denne oppgaven tar jeg ikke opp problemstillingen rundt kontrolltiltak og personvern, fordi personvernet i utgangspunktet ikke er truet ved å forby bruk av sosiale medier på arbeidsplassen.

Det må også naturlig nok i min oppgave sondres mellom *privat* og *profesjonell* bruk av sosiale medier. Mange virksomheter bruker faktisk sosiale medier aktivt i hverdagen, blant annet til profilering. I slike tilfeller vil bruken av sosiale medier kunne relateres til virksomhetens behov og derfor være profesjonell bruk. I det følgende avgrenser jeg oppgaven til å omhandle bruk av sosiale medier som

ikke har relasjon til virksomhetens behov, altså privat bruk.

2.2 Definisjoner

2.2.1 Arbeidstaker

Med arbeidstaker menes *"enhver som utfører arbeid i annens tjeneste"*, jfr. aml. §1-8(1). Berg skriver at det som *"karakteriserer arbeidsavtalen om avhengig lønnsarbeid, er at arbeidsgiveren får en rådgighetsrett over arbeidstakerens arbeidskraft, og dermed også over hans person. Arbeidstakeren er ikke bare subjekt for rettigheter og plikter. Hans arbeidskraft er objektet for arbeidsavtalen"*.¹¹ Her ser man at arbeidstaker – og arbeidsgiverbegrepet har en tydelig sammenheng, se pkt. 2.2.1 og 2.2.2.

2.2.2 Arbeidsgiver

Etter arbeidsmiljøloven §1-8(2) defineres arbeidsgiver som *"enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste"*. Det antas at arbeidsmiljøloven bygger på et funksjonelt arbeidsgiverbegrep¹². Det fremgår av forarbeidene at arbeidsgiveransvaret ikke bare skal legges på den som arbeidstaker er formelt ansatt hos, men det kan også omfattes av konsernselskaper og andre med bestemmende innflytelse og lignende.¹³ Departementet uttaler at *"det etter gjeldende rett blant annet skal legges vekt på hvem som i praksis har opptrådt som arbeidsgiver og som har utøvet arbeidsgiverfunksjonen"*.¹⁴ I det videre legges det til grunn at "arbeidsgiver" er den som har kompetansen til å innføre et gyldig forbud mot å bruke sosiale medier i arbeidstiden i den aktuelle virksomhet.¹⁵

2.2.3 Sosiale medier

Den mest anerkjente definisjon av sosiale medier er *kanaler* eller *plattformer* som ved hjelp av internett eller web-basert teknologi åpner for interaksjon mellom to eller flere mennesker.¹⁶ Virksomheter omtaler ofte sosiale medier som "forbrukergenererte medier".

¹¹ Berg (1930) s. 6

¹² Jakhelln (2006) s. 36

¹³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 76

¹⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 76

¹⁵ Begrepet "arbeidsgiver" må ikke forveksles med "leder", se pkt. 5 flg.

¹⁶ Kaplan og Haenlein, Users of the world, unite! The challenges and opportunities of social media, Business Horizons, s. 59.

Blant de mest kjente brukerskapte kanalene kan nevnes Facebook, Wikipedia, Youtube, Twitter, LinkedIn og Flickr. Disse kjennetegnes ved at brukerne legger ut materiale på en allerede eksisterende plattform. Det er innledningsvis vist til generell statistikk om utbredelsen av Facebook i Norge og resten av verden. Statistikken viser at Facebook er den klart mest dominerende sosiale plattformen på internett, og er av mange beskrevet som "*en tidstyv på arbeidsplassen*".¹⁷

2.2.4 Styringsrett

Arbeidsgivers styringsrett står sentralt i arbeidsretten. Arbeidsgiver og arbeidstaker inngår en arbeidsavtale som resulterer i gjensidige rettigheter og plikter. Å være arbeidstaker medfører rettigheter som lønn og pensjon. Å være i et arbeidsforhold *gir* ikke bare goder, det *kreves* samtidig at arbeidstakeren innretter seg etter de rådende forhold på arbeidsplassen og oppfyller sine arbeidsplikter. På mange måter er arbeidssituasjonen ett klassisk gi og ta forhold - man gir av sin tid og energi i bytte mot lønn.

Uttrykket *styringsrett* er ikke definert i arbeidsmiljøloven, men kan utledes fra teori og rettspraksis. Kristen Andersen har omtalt styringsretten som "*retten til å organisere, lede og fordele arbeidet, og til å ansette og si opp arbeidstakere*", en uttalelse som senere har blitt akseptert og sitert av Høyesterett.^{18 19} Arbeidsavtalen regulerer sjelden rettigheter og plikter i detalj, men forutsetter en *løpende befalingsrett*.²⁰

Til dels oppklarende for hvordan man skal tolke begrepet styringsrett gir forarbeidene. Her blir styringsretten omtalt som en del av den naturlige maktstruktur eller asymmetri som eksisterer i arbeidsforhold, et syn også Arbeidslivslovutvalget har.^{21 22} I kraft av dette avtaleforholdet og det naturlige over- og underordningsforholdet som følger av dette, har arbeidsgiver derfor en styringsrett overfor arbeidstaker.

¹⁷ http://www.aftenposten.no/kul_und/article3498687.ece

¹⁸ Andersen (1967) s. 149

¹⁹ Rt. 2000 s. 1602, på side 1610

²⁰ Sønsteli Johansen og Stueland (2011) s. 688

²¹ Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) s. 31

²² NOU 2004: 5 s. 178

Styringsretten må underlegges materiell og prosessuell begrensning av hensyn til arbeidstakeren.²³ Arbeiderbevegelsens historie kan sees på som en kontinuerlig kamp om å begrense arbeidsgivers styringsrett. Det er lovfestede og ulovfestede regler som regulerer hvilke avgjørelser arbeidsgiver med *bindende myndighet* kan bestemme i forhold til arbeidstaker, og hvilken *fremgangsmåte* som da må benyttes.

2.2.5 Kontrolltiltak

Begrepet kontrolltiltak er ikke legaldefinert. I aml. kap. 9 er det dog inntatt bestemmelser som regulerer selve *adgangen* arbeidsgiver har for å innføre kontrolltiltak i virksomheten, noe jeg kommer tilbake til.²⁴

Jakhelln skriver at kontrolltiltak settes i verk for å sikre at arbeidstaker opptrer innenfor rammene som arbeidsgiver har satt opp i arbeidsavtaler og arbeidsreglement.²⁵ Denne uttalelsen er vid, og gir rom for tolkning. Spørsmålet blir derfor hvordan begrepet kontrolltiltak defineres.

Veiledende er Hovedavtalen mellom LO og NHO, tilleggsavtale V. Her står det at "*kontrolltiltak kan ha sitt grunnlag i teknologiske, økonomiske, sikkerhets – og helsemessige omstendigheter, samt andre sosiale og organisatoriske forhold i bedriften*".²⁶ Heller ikke denne definisjon anses å være uttømmende jfr. forarbeidene.²⁷ Bredden i begrepet illustreres best med eksempler fra rettspraksis. Arbeidsretten har avgjort saker hvor kontrolltiltakene varierer fra å være studier og analyser av produksjonen på arbeidsplassen, ARD 1958 side 189, randomisert veskekontroll, ARD 1951 side 201 og til å være stikkprøvekontroll av arbeidstakers bil, ARD 1978 side 110.

Det synes å kunne tolkes fra rettspraksis, forarbeidene og teori at vurderingen om en disposisjon fra arbeidsgivers side er et kontrolltiltak for det første vil avhenge av *graden av inngrep* som tiltaket medfører over arbeidstaker. For det andre vil vurderingen avhenge om formålet med tiltaket ha *tilstrekkelig sammenheng* med virksomhetens behov for kontroll av etterlevelsen av vilkårene i

²³ Allstrin, Brandhaug og Østensvig (2008)s. 40

²⁴ Se pkt. 3.3 flg.

²⁵ Jakhelln (2006) s. 392

²⁶ Hovedavtalen LO/NHO, tilleggsavtale V, nr. 1.

²⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 135

arbeidsavtalen og arbeidsreglement.²⁸

Videre kan man peke på at lovgiver har funnet det nødvendig å positivt regulere kontrolltiltak, i motsetning til den styringsrett som tilfaller arbeidsgiver på ulovfestet grunnlag. Dette er en klar indikasjon på at kontrolltiltak er mer inngripende overfor arbeidstaker enn alminnelige disposisjoner i kraft av styringsretten.

Spørsmålet blir derfor hvordan ordlyden i begrepet *k kontrolltiltak* skal avgrenses. I henhold til forarbeidene er det ikke nødvendig å sette en nedre grense for ordlyden all den tid styringsretten uansett er begrenset av generelle saklighetskrav.²⁹ Den nærmere avgrensning av begrepet må skje i den konkrete sak, hvor et viktig moment vil være hvorvidt tiltakets formål er proporsjonal med det inngrep vedtaket fører med seg.³⁰ Begrepet må på denne bakgrunn sies å ha en vag ordlyd, og det bærer preg av å være en *rettslig standard* som skal tolkes i samsvar med samfunnets utvikling. Dette samsvarer med formålet bak arbeidsmiljøloven om å ha et robust regelverk som kan utvikle seg i takt med den teknologiske utviklingen, jfr. aml. §1-1 flg.

2.2.6 Arbeidstid

Det følger av aml. §10-1 (1) at "*med arbeidstid menes den tid arbeidstaker står til disposisjon for arbeidsgiver*" og (2) "*med arbeidsfri menes den tid arbeidstaker ikke står til disposisjon for arbeidsgiver*"³¹. Med arbeidstid menes da det som ikke rettslig er fritid, da styringsretten i utgangspunktet ikke rekker så langt. I Rt. 2001 s. 418 slås det fast at lovens uttrykk "*til disposisjon*" betyr at arbeidstaker i den tid står til disposisjon for arbeidsgiver for å utføre arbeidsoppgaver i henhold til arbeidsavtalen.³²

Det er gjort unntak fra arbeidstidsbestemmelsene i aml. §10-12 for ledere og arbeidstakere i særlig uavhengige stillinger. Det reises derfor spørsmål om hvordan et forbud mot å bruke sosiale medier i arbeidstiden vurderes for denne type arbeidstakere i pkt. 5 flg.

²⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 147

²⁹ NOU 2004:5 s. 435

³⁰ NOU 2004:5 s. 435

³¹ Forhold *utenfor arbeidstiden* faller utenfor min problemstilling, se pkt. 2.2.6

³² Rt. 2001 s. 418, på side 425

3 Arbeidsgivers adgang til å forby bruk av sosiale medier i arbeidstiden

3.1 Et utgangspunkt

Utgangspunktet er at arbeidsgiver har rett til å foreta seg de beføyelser som han mener er i virksomhetens beste interesse. Som vist i pkt.1.1 har bruk av sosiale medier blitt stadig mer utbredt i arbeidshverdagen hos de fleste nordmenn. Dette reiser prinsipielle problemstillinger i arbeidsrettslig sammenheng. Bruk av sosiale medier i arbeidstiden vil i de fleste tilfeller være utenfor de vanlige arbeidsoppgavene som tilfaller arbeidstaker, og følgelig kunne tenkes å være et hinder for både *effektivitet* og *sikkerhet*. Redusert effektivitet har negative følger for lønnsomheten, noe som strider med arbeidsgivers interesse. Sikkerhetsrisiko kan medføre merkostnader og tap i den forstand at bedriftshemmeligheter kan komme på avveie. Slike forhold kan gi arbeidsgiver et insentiv til å forby bruk av sosiale medier i arbeidstiden.

Med dette utgangspunkt for øyet blir hovedspørsmålet i det videre om arbeidsgiveren har adgang til å nekte sine arbeidstakere å bruke sosiale medier i arbeidstiden, og hvilke eventuelle begrensninger en slik rett må ha. Det spørres altså om en utdyping av den materielle retten og de prosessuelle begrensningene arbeidsgiveren har til å innføre et forbud.

3.2 Styringsrettens begrensninger

Styringsretten omtales tradisjonelt som den *restkompetanse* arbeidsgiver har etter at lovbestemte begrensninger, samt begrensninger inntatt i arbeids- og tariffavtaler, er trukket fra. Rettspraksis og teori har dessuten slått fast at det finnes *ulovfestede begrensninger* av styringsretten som fungerer på et mer overordnet plan enn de tradisjonelle begrensningene i lov, tariff og avtale. Samlet betegnes disse forhold som *begrensninger i arbeidsgivers styringsrett*.

3.2.1 Begrensninger i tariffavtaler

Mange bedrifter har inngått *tariffavtaler* med de forskjellige fagforeningene. Det følger av arbeidstvistloven. §1, nr. 8 at en tariffavtale er en avtale "*mellom en fagforening og en arbeidsgiver eller arbeidsgiverforening om arbeids- og lønnsvilkår eller andre arbeidsforhold*". Når arbeidsgiver er bundet av tariffavtale vil tariffavtalens reguleringer gi organiserte arbeidstakere et direkte vern på linje med det som følger av arbeidsmiljøloven, jfr. arbtvl. §3, 3.ledd. Minstevernet går foran, men det kan avtales bedre rettigheter. Så lenge kravene til opprettelsen av tariffavtale er oppfylt kan partene avtale hva som helst, så lenge det ikke er i strid med loven. I utgangspunktet er det derfor tariffrettslig adgang til å avtale et forbud mot bruk av sosiale medier i arbeidstiden, da dette ikke er lovregulert. I Hovedavtalen (LO NHO) er det ikke inntatt slik regulering. Det er også tvilsomt at andre tariffavtaler

inneholder slik regulering, da det vil være å oppfatte som detaljregulering.

3.2.2 Begrensninger i arbeidsavtaler

Etter aml. §14-5 skal det inngås skriftlig arbeidsavtale i alle arbeidsforhold. I aml. §14-6 er det inntatt hva en slik avtale må inneholde. Disse krav er å anse som *minimumskrav*. Det er følgelig adgang til å avtale flere forhold enn hva som fremgår av aml. §14-6. Der en arbeidsavtale *sikret* en arbeidstaker retten til å bruke sosiale medier i arbeidstiden, ville det i utgangspunktet ikke vært adgang for arbeidsgiver til å nedlegge et forbud. Det er likevel en tendens i arbeidslivet at bestemmelsene i arbeidsavtalen ikke går utover minimumskravene.

3.2.3 Begrensninger i arbeidsreglement

Arbeidsgivers styringsrett vil begrenses av arbeidsreglement. I aml §§14-16 til 14-20 er arbeidsreglement regulert nærmere, herunder dens *endringsadgang* og *gyldighet*.

Hensynet til arbeidstakerne er ivaretatt ved at endringene avtales mellom arbeidsgiveren og de tillitsvalgte, jfr. aml. §14-17(1), jfr. §14-20. Er virksomheten ikke underlagt tariffavtale må endringene godkjennes av Arbeidstilsynet, jfr. aml. §14-17(2), jfr. §14-20. At bruk av sosiale medier reguleres gjennom arbeidsreglement synes derfor mest praktisk. Dette begrunnes i hensynet til arbeidstaker, og også arbeidsgiver som ønsker et ryddig og åpent forhold til sine ansatte. Det vil videre være en lavere terskel for å reagere mot arbeidstaker som bryter med gyldig arbeidsreglement, se pkt. 6.3.4.

På langt nær alle beslutninger arbeidsgiver tar blir ført inn i arbeidsreglementet. Det er mitt inntrykk at mange arbeidsreglement i forskjellige virksomheter i beste fall er utdaterte. Videre er det ikke alle virksomheter som er påkrevet å ha et arbeidsreglement, jfr. aml. §14-16 (1). Dessuten er en del virksomheter unntatt kravet, jfr. aml. §14-16.

Arbeidsreglement kan ikke stride mot loven. Det betyr at selv om kravene til endring og gyldighet er oppfylt vil arbeidsgiver fortsatt måtte følge eksempelvis reglene om kontrolltiltak på arbeidsplassen, jfr. aml. kap. 9. Det samme må legges til grunn der styringsretten begrenses av allmenne saklighetsnormer. Selv om tiltaket etter aml. §§14-16 flg. er gyldig kan ikke regelen basere seg på usaklige forhold.

Det hører med at departementet konkluderte med at *"det ikke er hensiktsmessig å videreføre arbeidsmiljølovens bestemmelser om arbeidsreglement"*.³³ Det var også flertall for en slik endring i Odelstinget. Under avstemmingen skjedde det en feil som førte til at bestemmelsene ble *vedtatt* og ikke *forkastet*. Det var ikke tid igjen i stortingssesjonen til å rette feilen, og bestemmelsene er fortsatt *lov*. Jakhelln skriver at *"dette er et særskilt klart eksempel på at lovgivers vilje må vike for lovens ordlyd, fordi ordlyden så uomtvistelig er i strid med lovgiverviljen"*.³⁴

3.2.4 Oppsummering

Det legges derfor til grunn at bruken av sosiale medier ikke er regulert verken i arbeidsavtale eller tariffavtale, og at disse grunnlagene følgelig ikke begrenser arbeidsgivers styringsrett i dette konkrete tilfellet. Der et forbud mot å bruke sosiale medier i arbeidstiden inntas i arbeidsreglement vil arbeidstakerne oppleve et økt vern ved at de allerede her har en mulighet til å motsette seg og drøfte forbudet. Spørsmålet om forbudet mot bruk av sosiale medier i seg selv er rettmessig blir dog ikke berørt av reglene om arbeidsreglement. Det skjer ikke sjelden at *innholdet* i gyldig arbeidsreglement ikke er rettmessig.

3.3 Begrensninger i loven - kontrolltiltak

Styringsretten står tilbake for loven. Loven åpner for at arbeidsgiver i kraft av styringsretten kan iverksette *kontrolltiltak*, jfr. aml. kapittel 9, men da kun dersom lovens vilkår er oppfylt.³⁵ I aml. §9-1 er det inntatt regler om hvilke kontrolltiltak arbeidsgiveren kan iverksette ved arbeidsplassen:

"Arbeidsgiver kan bare iverksette kontrolltiltak overfor arbeidstaker når tiltaket har saklig grunn i virksomhetens forhold og det ikke innebærer en uforholdsmessig belastning for arbeidstakeren".

Før man fikk lover som regulerte adgangen til å gjennomføre kontrolltiltak var vurderingen opp mot arbeidstakers rettigheter og interesser gjort på ulovfestet grunnlag. I 1997 ble arbeidsmiljøloven

³³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 232 flg.

³⁴ Jakhelln (2006) s. 114-115

³⁵ Se pkt. 2.2.5

revidert for å skape et enklere lovverk.³⁶ Dessuten var formålet å skape et regelverk som på en bedre måte kunne fungere sammen med dynamikk som eksisterer i arbeidslivet.³⁷ Den nye arbeidsmiljøloven av 2005 lovfester arbeidsgivers rett til å iverksette kontrolltiltak overfor sine arbeidstakere. Svakheten med et dynamisk regelverk er at ordlyden blir mindre presis, og i større grad gjenstand for tolkning. Det uttales i forarbeidene at "*departementet antar at den nærmere avgrensning av begrepet må skje gjennom utvikling av administrativ praksis og rettspraksis...*".³⁸

Utviklingen, ikke minst innenfor det teknologiske området, har ført til en sterk økning i kontrolltiltak på arbeidsplassen.³⁹ En viktig presisering er at selv om de individuelle kontrolltiltakene er små i omfang er det den totale belastning av *alle* kontrolltiltak som ofte gjør at terskelen overskrides.

Som vist i pkt. 2.2.5 anses begrepet kontrolltiltak å være en *rettslig standard* som utvikler seg i takt med samfunnet. Det er dermed sagt at det som *ble* ansett for å være kontrolltiltak i 1918 og 1959 ikke nødvendigvis ville blitt ansett som særlig kontrollerende og inngripende *i dag*. Rammeverket i vurderingen er i det vesentligste det samme, men i den grad samfunnet har utviklet seg legges det nå andre parametere til grunn i vurderingen.

Spørsmålet i det følgende er om arbeidsgivers nektelse av å bruke sosiale medier i arbeidstiden anses å være et kontrolltiltak som følgelig må underlegges de vilkår som følger av aml. §9-1. Det første spørsmålet er om forbudet mot å bruke sosiale medier anses å ha en "*saklig grunn i virksomhetens forhold*" for å kontrollere at arbeidstakerne oppfyller arbeidsavtalen. Det andre spørsmålet er om forbudet "*ikke innebærer en uforholdsmessig belastning for arbeidstakeren*", slik at forbudet rettslig kan klassifiseres som et kontrolltiltak.

All den tid arbeidsgiver har vederlagsrisiko og oppfyllelsesansvar for sin virksomhet vil det alltid være et visst behov for ham å kontrollere arbeidstakerne ytelser. En ineffektiv arbeidstaker produserer mindre og generer mindre inntekt enn en effektiv arbeidstaker. På den annen side er det viktig å ha i tankene at man som arbeidsgiver ikke bør gå for langt i sin styring over arbeidstakerne, da dette i seg

³⁷ NOU 2004:5 s. 103

³⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 147

³⁹ For eksempel FAFO rapport 2008:34 s. 58

selv kan føre til et negativt og uproduktivt arbeidsforhold.

Det er også i arbeidsgivers interesse å sørge for at virksomheten drives på en *sikker* måte. Arbeidsgiverens ansvar overfor sine arbeidstakere og de plikter som følger av kravet til et fullt forsvarlig arbeidsmiljø i aml. §4-1 er et slikt sikkerhetsaspekt, men ikke det eneste. Relevant i forhold til min problemstilling er at arbeidsgiver har en interesse av å sørge for at informasjon om egen virksomhet, for eksempel produksjonsmetoder, økonomiske forhold og forskningsarbeid ikke lekker ut til utenforstående. Likeledes vil det være i arbeidsgiverens interesse å sørge for at arbeidstakerne utfører sitt arbeid på en måte som ikke skaper merkostnader til sikring av virksomheten, for eksempel ved å bruke sosiale medier på en slik måte at nettverket utsettes for uautorisert angrep utenfra.

Om nødvendighetsterskelen i aml. §9-1 er oppfylt for et forbud mot å bruke sosiale medier i arbeidstiden vil derfor bero på en konkret vurdering av de ulike grunnlagene.

3.3.1 Effektivitetshensyn

Som nevnt i pkt. 1.1. ligger det ofte effektivitetshensyn bak arbeidsgiverens ønske om å forby bruk av sosiale medier. Her vises blant annet til eksempelet innledningsvis hvor Namsos kommune valgte å forby bruk av Facebook på bakgrunn av effektivitetshensyn. Ettersom den økonomiske risikoen hviler på arbeidsgiver, vil det være i hans interesse å legge opp arbeidsdagen på en *effektiv*, men også *lovlig* måte.

Arbeidsavtalen er bestemmende for arbeidstakerens rettigheter og forpliktelser under ansettelsesforholdet. Det vil i avtalen fremgå hva som er den avtalte arbeidstid og hvilken lønn arbeidstakeren skal motta. Arbeidsavtalen er dog underlagt det som fremgår av lovgivning, forskrifter og tariffavtaler. Det kan imidlertid avtales *bedre* vilkår. *Effektiviteten* måles etter i hvilken grad arbeidstakeren oppfyller de *forpliktelser* han har bundet seg til i avtalen. Styringsretten er hovedverktøyet arbeidsgiver har for å sikre seg full utnyttelse av den avtalte arbeidstid. Mer inngripende kontroll av arbeidstaker oppnås som nevnt ved å følge arbeidsmiljølovens regler om kontrolltiltak, jfr. aml. kap 9.

Illustrerende er ARD 1918-19 side 233. Her ville arbeidsgiver installere stemplingsur på arbeidsplassen for å kontrollere at de ansatte startet og avsluttet arbeidet til avtalt tid. For øvrig ville bruken av stemplingsuret påføre arbeidstakerne en noe lengre arbeidsdag, varierende fra 1 til 5 minutter. Retten uttaler at ” [N]år arbeidstiden er fastsatt til et bestemt antall timer pr. dag og pr. uke og når arbeiderens lønn beregnes efter den tid, han har arbeidet, synes det klart, at det for enhver bedrift er

av vesentlig betydning å kontrollere, at arbeideren på sin side arbeider i den tid, som han skal ha betaling for”.⁴⁰ Arbeidsgiver skal altså ha rett til å gjennomføre kontrolltiltak som er nødvendig for å kontrollere at den arbeidstid som er fastsatt i arbeids- og tariffavtale faktisk brukes effektivt, jfr. også ARD 1959-1.⁴¹ En forutsetning for tiltakets gyldighet er dog at det ikke går ut over arbeidstakers fritid, jfr. de to nevnte dommer fra Arbeidsretten.

Spørsmålet er om et forbud mot å bruke sosiale medier kan innføres på grunnlag av effektivitetshensyn.

Statistikk viser at gjennomsnittsbruken av Facebook tilsvarer ca. 31 minutter hver dag, men tallet er så høyt som 51 minutter for brukere mellom 15 og 29 år.⁴² I tillegg kommer bruk av tid på andre sosiale medier, som for eksempel blogging, twitter, youtube, origo osv. Det er ikke en overdrivelse å hevde at for mange i de yngre aldersgrupper vil bruken overstige 1 time hver dag. Det har dog vist seg å være vanskelig å skaffe statistikk som viser hvor mye av denne tidsbruken som faktisk foregår i arbeidstiden. Det kan på den annen side med sikkerhet slås fast at det forekommer en viss bruk også her.

I den nevnte dom, ARD 1959-1, uttales det om effektivitetstiltak at ”...bedriften kan ikke gi pålegg som går utover det som er formålet, eller som er åpenbart uegnet til å fremme formålet. Det er bedriftsledelsen som utøver dette skjønn, og retten kan ikke sette dette skjønn til side...”. Slik jeg tolker denne dommen og annen praksis, anses terskelen for å innføre effektivitetstiltak som lav.

Med den utbredelse og det omfang som sosiale medier har i dagens samfunn, sammenholdt med den statistikk som foreligger om den faktiske bruk, må det fra arbeidsgivers ståsted undertiden måtte kunne anses som *nødvendig* å innføre et forbud mot å bruke sosiale medier for å opprettholde arbeidstakernes effektivitet i arbeidstiden.

3.3.2 Sikkerhetshensyn

Et annet relevant hensyn arbeidsgiver må ivareta er sikkerhetshensyn. Det er i arbeidsgivers interesse

⁴⁰ ARD 1918-19 s. 223, på side 236

⁴¹ ARD 1959-1 s. 17

⁴² TNS Gallup (2010)

å verne seg mot at informasjon blir spredt via sosiale medier, se til sammenligning Rt. 2001 s. 1589.⁴³ Her trekker Høyesterett frem den økte sikkerhetsrisiko som oppstod i forbindelse med nedlastningen all den tid bedriften (Raufoss) satt *"inne med sensitiv informasjon både i den militære og den sivile produksjonsvirksomhet"*, selv om selve bevisvurderingen rundt dette spørsmålet fremstod som *"vanskelig å ta stiling til"*. Grunnlaget for den økte sikkerhetsrisiko i denne saken var at *"As surfing etter en lang rekke ukjente internettadresser har utsatt bedriften for en viss sikkerhetsrisiko"*. Selv om det åpenbart var tvil rundt bevisvurderingen i denne saken godtok HR at det forelå en sikkerhetsrisiko. Dette signaliserer en lav terskel. En slik tolkning harmonerer godt med det avgjørelsesskjønn arbeidsgiver har over egen virksomhet. Det å bestemme graden av sikkerhet ved virksomheten faller utvilsomt innenfor dette skjønn.

Bruk av sosiale medier kan føre til en økt sikkerhetsrisiko, for eksempel ved å utsette IT-systemet for virusangrep fra hackere. Illustrerende er hvordan hackere distribuerte falske bilder av en tilsynelatende drept Osama Bin Laden via sosiale medier som *"lokkemat"* for uforvarende nedlasting av et ondsinnet dataprogram som overvåket brukernes nettbankaktivitet.⁴⁴

Det kan hevdes at bruk av sosiale medier i seg selv ikke utsetter systemet for høyere risiko enn ved ordinær bruk av internett. Nær sagt alle virksomheter er i dag avhengig av å bruke internett, og spørsmålet blir om sosiale medier setter sikkerhetsvurderingen i en annen stilling enn ved ordinært bruk av internett.

I LB-2003-9695 hadde daglig leder lastet ned pornofilmer gjennom selskapets server, samt videresendt eposter med pornografiske lenker.⁴⁵ Retten uttaler at de *"ikke har grunnlag for å mene at e-post materiale med slikt innhold – eller pornografiske filmer lastet ned fra internett – representerer en større sikkerhetsrisiko enn annet materiale som mottas over e-post eller lastes ned fra internett. Det dreier seg imidlertid her om materiale som ikke hadde noe med selskapets virksomhet å gjøre(...)*A utsatte derfor datasystemet for en unødvendig risiko...". På samme måte kan det argumenteres for at selv om bruk av sosiale medier i seg selv ikke byr på større sikkerhetsrisiko enn ved ordinær bruk av internett, så vil det forhold at *selve bruken* er forbudt medføre en

⁴³ Se pkt. 6.3.4 for gjennomgang av saksforholdet i Rt. 2001 s. 1589

⁴⁴ <http://www.abcnyheter.no/node/130342>

⁴⁵ LB-2003-9695

unødvendig risiko. Således kan det argumenteres for at arbeidsgiver kan anse det som *nødvendig* å kontrollere arbeidstakernes bruk av sosiale medier på bakgrunn av sikkerhetshensyn.

3.3.3 Inngrepsvurderingen

I vurderingen av om et tiltak rettslig defineres som et kontrolltiltak er det ikke tilstrekkelig å vise til at tiltaket anses *nødvendig*. Som nevnt utledes det fra rettspraksis at vurderingen av hvorvidt et forbud er et kontrolltiltak dessuten vil være avhengig av å være tilstrekkelig *inngripende* ovenfor arbeidstaker. Dette i lys av oppfatninger i dagens samfunn. Det kan tenkes en *inngrepsskala*. I det ene ytterpunktet ligger de disposisjoner som er inngripende mot den personlige integritet. I det andre ytterpunkt ligger naturlig nok tiltak som ikke får konsekvenser for arbeidstaker i det hele tatt.

Den praksis som finnes på området behandler kun spørsmålet om kontrolltiltaket *overskrider* den *øvre grense* som aml. §9-1 oppstiller. Det er også dette spørsmål den teori som er tilgjengelig velger å behandle. At det faktisk dreier seg om et kontrolltiltak blir ikke drøftet, men heller forutsatt i det stille, så som i RG-2010-310. Her kom lagmannsretten til at kontroll av arbeidstakers bil "*ikke var i strid med aml. §9-1*". At det var tale om et kontrolltiltak synes ikke tvilsomt for retten. I RG-2007-56 ble det utført kontroll mot en arbeidstaker for å avdekke om han faktisk var syk, blant annet ved å besøke arbeidstakeren i hans hjem. Retten kom til at slik kontroll krysset terskelen i aml. §9-1 fordi den var "*uforholdsmessig*". Likeledes i i RG-2007-855, hvor arbeidsgiveren hadde spanet og tatt bilder av arbeidstakeren på hans eiendom. At lagmannsrettene forbigår spørsmålet om tiltaket rettslig sett skal omtales som et kontrolltiltak er imidlertid ikke problematisk. I henhold til ovennevnte faktum var svaret lite tvilsomt.

Tiltak som vist i avsnittet over ligger tett mot den øvre grense for hva som antas å være kontrolltiltak. Problematiske med tanke på et forbud mot å bruke sosiale medier er dog den *nedre grensen*. Det sentrale spørsmål i denne forbindelse må være om et forbud mot å bruke sosiale medier i arbeidstiden er *tilstrekkelig inngripende* for rettslig å kunne defineres som et kontrolltiltak etter aml. §9-1. Der et tiltak *ikke* vurderes som tilstrekkelig inngripende vil det derfor kunne argumenteres for at det ikke er et kontrolltiltak og at disposisjonen i stedet trekker sin kompetanse *direkte* fra arbeidsgivers styringsrett.

Hvor inngripende et forbud mot å bruke sosiale medier i arbeidstiden fremstår for den enkelte arbeidstaker er en til dels subjektiv og konkret vurdering. Mange arbeidstakere bruker ikke sosiale medier i det hele tatt. I mangelen av konkrete holdepunkter i rettspraksis og teori om dette spørsmålet finner jeg det naturlig å sammenligne med et lignende historisk tilfelle, hvor ny teknologi

gjorde *mobiltelefonen* tilgjengelig for massene. Mobiltelefonen ble i sin tid også sett på som en "tidstyv" på arbeidsplassen, men har i dag bred aksept som et nødvendig privat og profesjonelt verktøy.

Sosiale medier er i løpet av få år kommet til som en ny stor kanal for mellommenneskelig kommunikasjon. For ikke mange år siden kom mobiltelefonen inn som en slik ny kanal. Derfor er det nærliggende å spørre om hvordan det til sammenligning ville stilt seg å forby bruk av mobiltelefon på arbeidsplassen. Som begrunnelse for et slikt forbud vil mange av de samme effektivitets- og sikkerhetshensyn gjøre seg gjeldende. Urs Gasser, professor ved Harvard Law School har stilt det samme spørsmålet i boken "Digital Natives", og går langt på vei en slik sammenligning i møte.⁴⁶ Spørsmålet blir i hvilken grad private telefonsamtaler godkjennes i arbeidslivet.

Utgangspunktet er at arbeidstaker skal bruke arbeidstiden til virksomhetsrelatert aktivitet. Dette er et noe historisk utgangspunkt, som med tiden har blitt modifisert. Et viktig element er arbeidstakers trivsel i arbeidshverdagen. Kontakt med familie og venner i løpet av arbeidsdagen er viktig for mange arbeidstakere. Trivsel på arbeidsplassen har videre kryssende hensyn med sykefravær, produktivitet og rekruttering. Det vil derfor ofte være til virksomhetens beste å tilkjenne arbeidstakeren en noe høyere takhøyde enn hva utgangspunktet skulle tilsi.

Det vises i den forbindelse til LB-2004-57689. Her ble en førstesekretær ved en skole i Oslo oppsagt. Han gikk til sak med krav om at oppsigelsen var ugyldig. Som grunnlag hevdet arbeidsgiveren at førstesekretæren blant annet hadde brukt virksomhetens telefon til private formål. Retten uttaler at "*[L]agmannsretten bemerker at det ved mange arbeidsplasser er akseptert at de ansatte tar korte, nødvendige private telefonsamtaler osv (...) Lagmannsretten finner at As private telefoner klart har gått ut over de korte, nødvendige telefonene som aksepteres*". Så også i LB-1999-1882 hvor saken dreide seg om en kontormedarbeider som ble gitt avskjed etter 10 måneder i arbeid. Avskjeden ble begrunnet i privat bruk av firmaets telefon, ulovlig fravær og at han glemte å videreformidle en telefonbeskjed. Retten uttaler at "*Når det gjelder private telefonsamtaler, kan retten vanskelig se at det kan tenkes å gi grunnlag for en avskjed. Hvis private telefonsamtaler har et uvanlig stort omfang som kan dokumenteres, og arbeidstaker etter advarsel ikke begrenser det, kan nok dette danne*

⁴⁶ Gasser and Palfrey (2008) s. 234-236

grunnlag for oppsigelse, men neppe for avskjed”.

Rettspraksis legger derfor opp til at private samtaler i arbeidstiden til en viss grad er allment godkjent, dersom de er innenfor rammen av hva som er nødvendig. En slik løsning ivaretar viktige samfunns – og rimelighetshensyn. Forbud mot private telefonsamtaler i arbeidstiden ville vært et inngripende tiltak som neppe ville passert en rettslig vurdering der ikke særlig grunnlag finnes.

I forhold til sosiale medier blir vurderingen annerledes. Selv om man hevder at sosiale medier til en viss grad er i ferd med å erstatte eller supplere telefonen som et viktig kommunikasjonsverktøy viser statistikk at sosiale medier kun i liten grad blir brukt til denne typen kommunikasjon.⁴⁷ Undersøkelsen viser at bruken er konsentrert rundt innhenting av informasjon om andre *facebookvenner*, som for eksempel å se på bilder, videoer mv. Slik aktivitet faller utenfor hva som må anses å være beskyttelsesverdig aktivitet. På den annen side vil man kunne hevde at utviklingen går i den retning at sosiale medier faktisk med tiden vil få en så dominerende plass i mellommenneskelig kommunikasjon at denne vurderingen allerede om kort tid kan få et annerledes utfall.

3.3.4 Oppsummering

Slik *bruken* av sosiale medier fremstår i dag er det i all hovedsak private gjøremål som dominerer. Slik bruk mangler den seriøsitet og nødvendighet som ellers preger de private gjøremål som i dag er allment akseptert i arbeidstiden. For øvrig er sosiale medier i kraftig utvikling, både når det gjelder innhold og hvordan brukeren selv anvender de ulike plattformer. At vurderingen om forholdsvis kort tid derfor kan få et annet utfall er på langt nær utenkelig. Utviklingen viser at det i dag finnes flere virksomheter som baserer deler av sin drift på ulike typer sosiale medier, en utvikling som neppe vil avta i den grad sosiale medier fortsetter å øke sin tilslutning.

Et forbud mot å bruke sosiale medier i arbeidstiden er etter min mening ikke et kontrolltiltak. Selv om et forbud har den nødvendige sammenheng med forhold i virksomheten fremstår det ikke som inngripende nok til å krysse terskelen i aml. §9-1. Et forbud mot å bruke sosiale medier i kraft av styringsretten er etter dette ikke begrenset av loven, og arbeidsgiver har derfor i utgangspunktet en rett til å iverksette et slikt forbud.

⁴⁷ TNS Gallup (2010)

Som nevnt innledningsvis begrenses styringsretten ytterligere av ulovfestede *allmenne saklighetsnormer*.⁴⁸ Problematisk er ikke bare om arbeidsgiver har *rett* til å nedsette et forbud mot å bruke sosiale medier i arbeidstiden, men også hvilke *plikter* som faller på arbeidsgiveren ved innføringen av et slikt forbud. Dette relaterer seg da til den *prosessuelle* siden ved styringsrettens begrensninger.

3.4 Begrensninger i allmenne saklighetsnormer

Rettspraksis og teori har lagt til grunn at styringsretten må begrenses av alminnelige arbeidsrettslige saklighetsnormer. Retten kan ikke la disposisjoner som mangler grunnlag og tilbørighet passere, se Rt. 2001 s. 418 hvor det uttales at ” [S]tyringsretten begrenses imidlertid også av mer allmenne saklighetsnormer. Utøvelse av arbeidsgivers styringsrett stiller visse krav til saksbehandlingen, det må foreligge et forsvarlig grunnlag for avgjørelsen, som ikke må være vilkårlig eller basert på utenforliggende hensyn”.⁴⁹ Uten denne begrensningen ville styringsretten i utgangspunktet vært fri, kun begrenset av det som fremgår av lov, tariffavtale og individuell arbeidsavtale. På bakgrunn av rimelighetsbetraktninger vil man måtte verne arbeidstaker mot arbeidsgivers adgang til å stille *arbeidsvilkår*. I motsatt tilfelle vil nye arbeidstakere ikke ha noe vern ut over det som fremgår av loven og det som allerede er avtalt. Et forbud mot å bruke sosiale medier er ikke begrenset i loven og erfaring tilsier at de fleste avtaler ikke er detaljerte nok til å regulere dette.⁵⁰ I slike tilfeller ville det vært opp til arbeidstaker å få avtalefestet en positiv rett til å bruke sosiale medier i arbeidstiden. Dette kan hevdes å ligge opptil ett av hovedmålene til arbeidsmiljøloven av 2005, nemlig et økt fokus på medbestemmelsesretten.⁵¹ Et slikt utgangspunkt ville i realiteten vært illusorisk. En arbeidsgiver som *ikke* er underlagt en generell saklighetsbegrensning vil i prinsippet ikke være forpliktet til å høre på arbeidstakers ønske, all den tid en slik medbestemmelsesrett verken er regulert i lov eller tariffavtale. Uten en begrensning i alminnelige saklighetsnormer ville terskelen for å innføre et forbud mot å bruke sosiale medier følgelig være lavere. Også i den juridiske teori er man i det vesentligste enige om at styringsretten begrenses av et alminnelig ulovfestet saklighetskrav.⁵²

⁴⁸ Se pkt. 3.2

⁴⁹ Rt. 2001 s. 418, på side 427

⁵⁰ Se pkt. 3.2.1 og 3.2.2

⁵¹ Se for eksempel aml. §§8-1 flg. og Grl. §110, 2.ledd

⁵² Storeng, Backer og Lund (2011) s. 231

Spørsmålet i det følgende er i *hvilken utstrekning* allmenne saklighetsnormer begrenser arbeidsgivers adgang til å innføre et forbud mot å bruke sosiale medier i kraft av styringsretten.

Utgangspunktene for denne drøftelsen er knesatt i Rt. 2001 s. 418, hvor det om *innholdet* i de allmenne saklighetsnormene uttales: "*Utøvelse av arbeidsgivers styringsrett stiller visse krav til saksbehandlingen, det må foreligge et forsvarlig grunnlag for avgjørelsen, som ikke må være vilkårlig eller basert på utenforliggende hensyn*". For at et forbud mot å bruke sosiale medier skal passere den ulovfestede saklighetsvurderingen stilles det altså et krav til den forutgående saksbehandling.

En ryddig saksbehandling fra virksomhetens side krever ressurser og tid. Ordlyden i Rt. 2001 s. 418 tilsier at de avgjørelser arbeidsgiver tar i kraft av styringsretten skal begrenses av allmenne saklighetsnormer, men skiller ikke mellom det store antall *forskjellige* avgjørelser. Det kan for eksempel ikke kreves en grundig utredning for avgjørelsen om hvem som skal kjøpe inn vin til ukens vinlotteri. Saksbehandlingskravet vil dog øke proporsjonalt med graden av inngrep tiltaket representerer. Slik jeg tolker uttalelsen i Rt. 2001 s. 418 ligger ulovfestede saklighetsvurdering tett opp til den lovfestede saklighetsvurdering i aml. §9-1 (1), se pkt. 3.3 flg.

Eksempelvis kan man se til den ulovfestede permitteringsadgang som eksisterer i norsk rett. En permittering rammer en arbeidstaker hardt, i særlig grad fordi han i alle fall mister deler av sin lønn. Det oppstilles derfor strenge ulovfestede krav til saklighet for en slik avgjørelse. Et forbud mot å bruke sosiale medier i arbeidstiden er ikke like inngripende som permittering, men er uansett en avgjørelse fattet i kraft av styringsretten.⁵³ At det skal stilles samme krav til saklighet for et forbud mot å bruke sosiale medier som ved permittering harmonerer dårlig med den forholdsvis vide skjønnsmessige disposisjonsadgang arbeidsgivere i det private næringsliv faktisk bør og må tilkjennes. Hensynet til effektivitet ved virksomheten kan også trekkes frem. Prosessøkonomiske hensyn taler også for et slikt syn all den tid rettssystemet ikke bør belastes unødig. På samme måte som for kontrolltiltak i aml. §9-1 må det derfor i denne vurderingen være adgang til å oppstille en *proporsjonalitetsvurdering*.

Vurderingen må altså sees i sammenheng med spørsmålet om hvor inngripende et forbud mot å bruke sosiale medier er. Det legges til grunn at et forbud mot å bruke sosiale medier ikke er et særlig

⁵³ Se pkt. 3.3.3

inngripende tiltak, og kan for eksempel neppe sammenlignes med det inngrep en permittering representerer. At et forbud for enkelte arbeidstakere likevel kan oppfattes som inngripende kan dog ikke utelukkes, noe *inngrepsvurderingen* viser. Dessuten kan det vises til den tvil som foreligger om hvordan man rettslig skal definere et forbud mot å bruke sosiale medier, og da særlig hvordan et slikt forbud har likhetstrekk med kontrolltiltak, jfr. aml. §9-1. Som nevnt her blir selv lite inngripende kontrolltiltak, som for eksempel stemplingsur underlagt lovens saklighetskrav.⁵⁴ Selv om et forbud mot å bruke sosiale medier ikke er et kontrolltiltak vil jeg hevde at de samme hensynene vil gjøre seg gjeldende i forhold til det vern arbeidstakerne bør ha. Dette fordi et slikt forbud etter mitt syn kan oppfattes som *mer* inngripende enn innføringen av grunnleggende kontrolltiltak, som for eksempel stemplingsur.

Et forbud mot å bruke sosiale medier må bygge på et *forsvarlig grunnlag*. Som jeg har nevnt ovenfor vil effektivitet og sikkerhet være forhold som arbeidsgiver kan begrunne et forbud med.⁵⁵ Motsatt vil det være usaklig å begrunne et forbud med arbeidsgivers *personlige* (negative) *oppfatninger* om sosiale medier. Der arbeidsgiver ønsker å forby bruk av sosiale medier på grunnlag av sikkerhets- eller effektivitetsbetraktninger vil arbeidsgiver måtte kunne påvise et korrekt faktum for sin avgjørelse. Som vist i pkt. 3.3.2 vil arbeidsgiver måtte kunne påvise at det foreligger *ekstraordinær risiko* ved å bruke sosiale medier. Der grunnlaget er effektivitetshensyn vil det måtte kunne kreves at arbeidsgiveren har konkrete holdepunkter for at bruk av sosiale medier fører til en større grad av ineffektivitet enn det som allerede tolereres i arbeidslivet. Det vil for eksempel ikke være saklig å basere et forbud på *rykter* om at enkelte arbeidstakere bruker sosiale medier i arbeidstiden. I nær sammenheng oppstilles det en begrensning mot at forbudet innføres på *vilkårlig grunnlag*, se Rt. 2005, side 518.⁵⁶ Der forbudet baseres på effektivitet – eller sikkerhetsbetraktninger vil dette ikke være vilkårlig.

Selv om forbudet i og for seg har et saklig grunnlag i forhold til virksomheten er det alminnelig antatt at forbudet i seg selv også må være *nødvendig*. Dette er en naturlig konsekvens av saklighetsvilkåret, all den tid et tiltak ikke kan være både saklig og unødvendig. Eksempelvis vil en arbeidsgiver som har et problem med at ansatte stjeler fra arbeidsplassen neppe kunne innføre et forbud mot å bruke

⁵⁴ ARD 1918-19 s. 233

⁵⁵ Se pkt. 3.3.1 og 3.3.2

⁵⁶ Rt. 2005 s. 518, avsnitt 52

sosiale medier, da en slik reaksjon vil være lite formålstjenlig og derfor unødvendig.

Videre vil saklighetsvurderingen involvere spørsmålet om formålet med forbudet kan oppnås med mindre inngripende tiltak. Der forbudet er gitt på bakgrunn av effektivitetshensyn vil man kunne implementere ulike løsninger, for eksempel ved kun å tillate bruk av sosiale medier på forhånd gitte tidspunkt i løpet av arbeidsdagen.

Det er nærliggende å forstå det slik at der en avgjørelse utad kan fremstå som vilkårlig er det opp til arbeidsgiver å påvise at slik ikke er tilfelle. For eksempel vil et forbud som kun rammer arbeidstakere i én enkelt avdeling være usaklig dersom grunnen er at arbeidsgiver var misfornøyd med avdelingens innsats i den interne fotballturneringen. På den annen side vil et forbud kunne vurderes saklig dersom arbeidsgiver kan vise til konkrete undersøkelser som dokumenterer at produktiviteten i avdelingen har sunket som følge av bruk av sosiale medier. Der forbudet grunngis i driftsmessige hensyn vil dette veie tungt i saklighetsvurderingen, særlig med tanke på det forholdsvis frie skjønnsarbeidsgivere i det private næringsliv har.

3.4.1 Oppsummering

Et forbud mot bruk av sosiale medier er en avgjørelse arbeidsgiveren fatter i kraft av den ulovfestede styringsretten. Styringsretten begrenses av allmenne saklighetsnormer, hvor det nærmere innhold i begrensningen vurderes ut i fra hvor inngripende vedtaket er. All den tid et forbud mot å bruke sosiale medier i arbeidstiden er mer inngripende enn mange tiltak *som før* har blitt ansett å være kontrolltiltak, må arbeidsgiveren med grundig saksbehandling basert på et korrekt faktum vise at forbudet er saklig og nødvendig, herunder påvise at forbudet ikke er vilkårlig og at det ikke er tatt utenforliggende hensyn.

4 Informasjons – og drøftingsplikt

4.1 Innledning

I samsvar med drøftelsen over vil et forbud mot å bruke sosiale medier grense opp mot terskelen til kontrolltiltak, men vil imidlertid ikke nå opp som følge av tiltakets mindre inngripende karakter som følge av inngrepsvurderingen. Allikevel skal forbudet vurderes opp mot allmenne saklighetsnormer, en vurdering som innholdsmessig er lik det saklighetskrav som følger av aml. §9-1 (1). Dette er begrunnet i hensynet til arbeidstakeren. For arbeidsgiver er det lovfestet en plikt om å informere og drøfte innføringen av kontrolltiltak med arbeidstaker i aml. §9-2(2). Om denne plikten uttaler forarbeidene at "*[M]anglende informasjon eller drøfting vil imidlertid være et moment i den*

alminnelige saklighetsvurderingen og vil etter omstendighetene kunne medføre at tiltaket blir ansett for å være ulovmessig".⁵⁷ Tilsvarende krav til informasjon og drøfting er også inntatt i aml kap. 8, aml. §15-1 om oppsigelse, aml §15-4(2), jfr. §15-1 om avskjed og ved virksomhetsoverdragelse, jfr. aml. §16-5(1).

Det kan derfor spørres om en slik informasjons- og drøftingsplikt også kan gjøres gjeldende på ulovfestet grunnlag der arbeidsgiver ønsker å innføre et forbud mot å bruke sosiale medier i arbeidstiden.

4.2 Ulovfestet informasjons- og drøftingsplikt

Denne problemstillingen er berørt i LE-2009-101574. Tvisten gjaldt hvorvidt en beslutning om å overføre to lærere til nytt tjenestested ved andre skoler i kommunen var gyldig. Det gjelder ikke et krav etter arbeidsmiljøloven om forutgående drøfting før arbeidsgiver treffer beslutning om omplassering. I dommen uttales det at "*[L]agmannsretten kan heller ikke se at det gjelder en plikt etter de ulovfestede regler til å gjennomføre drøftingsmøte med den ansatte før en omplassering besluttet. Et slikt konkret og absolutt krav til saksbehandlingen følger ikke av Kårstødommen*" (Rt. 2001 s. 418).

All den tid en omplassering er et mer inngripende tiltak enn hva et forbud mot å bruke sosiale medier i arbeidstiden kan sies å være, er det neppe etter gjeldende rett adgang til å stille opp en slik ulovfestet plikt for arbeidsgiver som vil forby bruk av sosiale medier. Høyesterettspraksis som i etterkant har behandlet tilsvarende spørsmål referer til det utgangspunkt knesatt i Rt. 2001 s.418. Jeg mener for øvrig at dette er en svakhet ved den generelle ulovfestede saklighetsbegrensningen. Etter mitt syn legges det til grunn et for snevert syn for hvilke momenter som må gi seg utslag av *allmenne saklighetsnormer*. Også Fougner støtter den "tradisjonelle" tilnærmingen.⁵⁸

De bakenforliggende hensyn som ligger til grunn for at en arbeidstaker skal ha anledning til å drøfte og bli informert om innføring av *stemplingsur* vil i like stor grad være til stede for et forbud mot å bruke sosiale medier, og ikke minst det å bli omplassert innad i en virksomhet.⁵⁹ I LE-2009-101574

⁵⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 314

⁵⁸ Fougner (2007) s. 167-168

⁵⁹ ARD 1918-19 s. 233

uttaler da også retten at *"alminnelig hensynsfullhet"* tilsier at omplasseringsbeslutningen *burde* vært drøftet. I LF-2008-141441 vurderte retten sakligheten av saksbehandlingen vedrørende et omplasseringsvedtak, og uttaler at " [K]ommunen kan også kritiseres for at A ikke fikk innsyn i de påberopte notater på et tidligere tidspunkt i prosessen (...) Det var også kritikkverdig av kommunen at A ikke fikk innsyn i rapporten før etter at omplasseringsvedtaket var et faktum".

I forhold til arbeidsgivers ønske om å forby sosiale medier ville en informasjons- og drøftingsplikt gitt seg utslag i samtaler med de ansatte på forhånd, som da får bruke sin medbestemmelsesrett også på det ulovfestede området. De ansatte ville fått mulighet til å kontrollere riktigheten av det materiale arbeidsgiver baserer forbudet på. Videre ville det gitt de ansatte anledning til å presentere alternative løsninger. Der sikkerhetshensyn ligger til grunn kan det tenkes en avtale om at sosiale medier kun kan bli brukt på *personlig* utstyr i arbeidstiden, som for eksempel mobiltelefoner.

Evju skriver om den ulovfestede saklighetsdrøftelsen i Rt. 2001 s. 418 at "[S]ett i sammenheng med rimelighetssynspunktet i Nøkk⁶⁰, som dommen også bygger på, må det likevel være rimelig å se den allmenne normen som et saklighetskrav av prinsipielt tilsvarende karakter som på stillingsvernets felt".⁶¹ Dette synspunkt er jeg enig i. Rimelighetshensyn tilsier at den ulovfestede begrensningen av styringsretten bør tilsvare den samme saklighetsnorm for oppsigelser, jfr. aml. §15-7 der inngrepet er av tilsvarende art.

Et slikt syn åpner for at man legger til grunn en ulovfestet informasjons – og drøftingsplikt i forkant av arbeidsgivers beslutning om å innføre et forbud mot å bruke sosiale medier, all den tid de samme hensyn bak drøftings- og informasjonsplikten i forkant av oppsigelser gjelder tilsvarende for drøftings- og informasjonsplikten i forkant av kontrolltiltak. Som nevnt må en slik utvidelse av den ulovfestede saklighetsvurderingen begrenses til forhold av betydning, slik at ikke domstolene belastes unødig. Om denne terskelen skriver Johansen og Stueland at "[H]vis arbeidsgiverens beslutning har sammenheng med eller kan oppleves som en reaksjon på arbeidstakers adferd, er for eksempel kravene til forsvarlig avgjørelsesgrunnlag strengere, og domstolens prøving vil også bli mer intens enn det som ellers gjelder, slik vi også ser i LF-2008-141441", som er nevnt over.⁶²

⁶⁰ Rt. 2000 s. 1602

⁶¹ Evju (2003) s. 24

⁶² Sønsteli Johansen og Stueland (2011) s. 695

4.3 Oppsummering

Slik gjeldende rett er i dag tolker jeg rettspraksis slik at det ikke kan oppstilles en informasjons- og drøftingsplikt på det ulovfestede området. Dette henger nok sammen med at det i loven er en forholdsvis høy terskel for hvilke avgjørelser som underlegges en informasjons- og drøftingsplikt. Foruten tunge inngrep som kontrolltiltak, virksomhetsoverdragelse, oppsigelse og avskjed er det lovfestet informasjons- og drøftingsplikt for "*spørsmål av betydning for arbeidstakernes arbeidsforhold*" i virksomheter med mer enn 50 ansatte, jfr. aml. §8-1 (1). En ulovfestet informasjons- og drøftingsplikt ville derfor i mange tilfeller gått *lenger* enn den tilsvarende plikten i loven. Problemstillingen kan dog settes på spissen der innføringen av *stemplingsur* er underlagt informasjons- og drøftingsplikt, mens et forbud mot å bruke sosiale medier og endog omplasseringsvedtak ikke er det. Det oppstår da et ulogisk skille mellom loven og ulovfestet rett som i tilfeller hvor arbeidsgiver vil vedta et forbud mot å bruke sosiale medier i arbeidstiden kan gå ut over arbeidstakeren.

5 Unntak fra bestemmelsene om arbeidstid

5.1 Innledning

Med hensyn til *arbeidstid* er *ledere* og arbeidstakere i *særlig uavhengig stilling* underlagt særlig regulering, jfr. aml. §10-12. Det sentrale i denne sammenheng er bestemmelsens 1. ledd, nr. (1) og (2) som sier at:

- (1) "*Bestemmelsene i dette kapittel kommer ikke til anvendelse for arbeidstaker i ledende stilling, med unntak av §10-2 første, andre og fjerde ledd*"
- (2) "*Bestemmelsene i dette kapitelet kommer ikke til anvendelse for arbeidstakere i særlig uavhengig stilling, med unntak av §10-2 første, andre og fjerde ledd*"

Forarbeidene sier at der en arbeidstaker har særlig ansvarsfullt og overordnet arbeid, og arbeidet krever stor grad av fleksibilitet, er det uhensiktsmessig at arbeidstidsreglene (og arbeidstidsregistrering) kommer til anvendelse, se også Johansen og Stueland.^{63 64} Det kan derfor

⁶³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 180

reises spørsmål om i hvilken grad ledere og arbeidstakere i uavhengige stillinger må forholde seg til et forbud mot å bruke sosiale medier i arbeidstiden.

Unntaket fra aml. kap 10 er gitt på bakgrunn av stillingens art.⁶⁵ En leder kontrollerer sin egen arbeidstid, og det vil derfor virke mot sin hensikt å la denne type arbeidstaker underlegges arbeidstidsbestemmelsene. I brev av 30.mars fra Direktoratet for arbeidstilsynet til Norges Ingeniør- og Teknologiorganisasjon (NITO) uttales det at unntaket for ledende stilling ”...tar sikte på overordnede og ledende stillinger, dvs. arbeidstakere med klare lederfunksjoner”. Forarbeidene nevner stillingstyper som ”...butikksjefer, kontorsjefer og andre som kan treffe selvstendige avgjørelser, og som selv må vurdere og avgjøre behovet for egen arbeidsinnsats”.⁶⁶

For arbeidstakere som har en særlig uavhengig stilling kommer ikke arbeidstidskapitlet til anvendelse, selv om arbeidstakeren ikke har ledende funksjoner. Forarbeidene uttaler at bestemmelsen omfatter ”...arbeidstakere som ikke har en ledende stilling (...), men som likevel har overordnede og ansvarsfulle stillinger”.⁶⁷

En arbeidstaker som er ”leder” eller har en ”særlig uavhengig stilling” må ikke forveksles med arbeidsgiverbegrepet, se pkt. 2.2.2. I det følgende legges det til grunn at arbeidstakeren oppfyller de vilkår som kreves for å bli unntatt fra arbeidstidskapitlet. For enkelthetens skyld vil jeg benytte begrepet ”ledere” som en samlebetegnelse for disse typer stillinger i det følgende.

5.2 Hvordan forbud mot å bruke sosiale medier forholder seg til ”ledere”

Konsekvensen av et forbud mot å bruke sosiale medier i arbeidstiden vil for ledere kunne forstås som et *totalforbud*, all den tid de ikke har en regulert arbeidstid og i utgangspunktet skal være tilgjengelig for virksomheten når behovet oppstår. I bytte mot den økte arbeidsmengden økter også lønnsinntektene tilsvarende. Som skrevet i pkt. 3.3.1 og 3.3.2 er grunnlaget for et forbud mot å bruke sosiale medier i arbeidstiden i det alt vesentligste enten effektivitetshensyn eller sikkerhetshensyn. Spørsmålet er om disse hensyn *også* kan gjøres gjeldende overfor ledere.

⁶⁴ Sønsteli Johansen og Stueland (2011) s. 384

⁶⁵ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 59

⁶⁶ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 59

⁶⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 322

Ledere har ansvar for sin egen arbeidstid i tillegg til delegering av oppgaver til de ansatte.

Virksomhetens lønnsomhet og produktivitet er avhengig av godt og effektivt lederskap. Av den grunn stiller ikke arbeidsgiver effektivitetskrav kun til sine arbeidstakere, men også til sine ledere. På denne måten kan det hevdes at ledere må overholde et forbud mot å bruke sosiale medier på bakgrunn av effektivitetshensyn *uten* den begrensning som følger av arbeidstidsbegrepet.

På den annen side ligger det i stillingens natur at ledere har visse friheter i tillegg til sine plikter.

Ledere kontrollerer sin egen arbeidstid, men imidlertid stiller arbeidsgiver også høyere krav og mål for disse enn til "vanlige" arbeidstakere. Samfunns- og rimelighetshensyn tilsier at også ledere må ha *fritid*. Jakhelln⁶⁸ skriver at "[O]gså i forhold til arbeidstakere i ledende stilling og i forhold til arbeidstakere i særlig uavhengig stilling, gjelder kravet om at deres arbeidstidsordning ikke kan være slik at de utsettes for uheldige fysiske eller psykiske belastninger, og det skal være mulig å ivareta sikkerhetshensyn, jfr. aml. §10-12(1)". Med "sikkerhetshensyn" i denne forstand menes forhold som verner arbeidstakeren. Den frihet lederne har til å bestemme sin egen arbeidstid er ikke ufortjent. Det må kunne legges til grunn at ledere vet å skille mellom hva som er arbeidstid og hva som er fritid, og på den måten retter seg etter forbudet når de anser seg "på jobb" etter eget skjønn. Der en leder ikke er i stand til å trekke dette skillet, og lar bruken av sosiale medier gå ut over effektiviteten i arbeidsforholdet, vil det kunne være adgang for arbeidsgivere å reagere, se kap 3 flg.

På samme måte vil man kunne argumentere for at ledere vil være underlagt et forbud mot å bruke sosiale medier i arbeidstiden basert på *sikkerhetshensyn*. Det må da sees hen til det moment at mange ledere ofte har virksomhetens utstyr med seg hjem, og det kan naturligvis tenkes at dette utstyret også brukes på fritiden. Der det oppstår en ekstraordinær risiko eller skade vil det at lederen brukte sosiale medier på virksomhetens utstyr i fritiden være et moment som vil ha betydning i relasjon til arbeidsrettslige reaksjoner, se kap. 6 flg.

Videre vil et totalforbud vil være vesentlig mer *inngripende* for ledere enn for "vanlige" arbeidstakere. En ordinær arbeidsuke er regulert til 40 timer i uken, jfr. aml. §10-4. For ledere kan en arbeidsuke i stor grad overstige dette. Begrepet *arbeidstid* er for ledere i stor grad illusorisk, jfr. aml. §10-12 (1) og

⁶⁸ Jakhelln (2006) s. 290

(2), da arbeidstakere i utgangspunktet er til disposisjon når og der det er behov. Et forbud vil av den grunn rekke langt lenger for ledere enn for arbeidstakere, og *inngrepsvurderingen*⁶⁹ vil endre seg tilsvarende.

5.3 Oppsummering

Ledere og arbeidstakere i særlig uavhengig stilling vil etter min mening ikke underlegges et *totalforbud* mot å bruke sosiale medier på bakgrunn av effektivitets- og sikkerhetshensyn, selv om arbeidstidsbegrepet for disse er bredere enn for vanlige ansatte. Den frihet som ligger til disse arbeidstakernes stillinger taler for at de etter sitt eget skjønn skal kunne vurdere når de er på jobb og når de har fri, og derfor *når* de er underlagt forbudet og ikke. Samtidig er det viktig at ledere skiller mellom utstyr som tilhører virksomheten og utstyr som er privat, da en sammenblanding kan føre til problemer med sikkerheten til bedriften.

6 Arbeidsrettslige reaksjoner

6.1 Et utgangspunkt

Forutsetningen i det følgende er at arbeidsgiver på en lovlig måte har innført et forbud mot å bruke sosiale medier i arbeidstiden for sine arbeidstakere.

Etter omstendighetene ligger det innenfor arbeidsgivers styringsrett å reagere mot en arbeidstakers mislighold av arbeidsavtale, arbeidsreglement etc. Alt etter hvilket forhold som danner bakgrunn for arbeidsgivers reaksjon vil selve *reaksjonsformen* også variere. Det interessante i forhold til denne oppgaven er hvilke arbeidsrettslige reaksjoner som står til arbeidsgiverens disposisjon i de tilfeller der arbeidsgiver har misligholdt et forbud mot å bruke sosiale medier i arbeidstiden.

6.2 Oppsigelse og avskjed

De materielle bestemmelsene for avskjed og oppsigelse er inntatt i henholdsvis aml §§15-4 og 15-14. Vilkåret for å gi en arbeidstaker avskjed er at han må ha gjort seg ”...skyldig i grovt pliktbrudd eller annet vesentlig mislighold av arbeidsavtalen”, mens det for oppsigelse kun må finnes en ”saklig grunn i arbeidstakerens forhold”. For de ulike reaksjonene er det ulike konsekvenser. Der en *oppsagt*

⁶⁹ Se pkt. 3.3.3

arbeidstaker har krav på lønnet oppsigelsestid og gis mulighet til omplassering innad i virksomheten må en *avskjediget* arbeidstaker fratre arbeidsforholdet umiddelbart – uten lønn. Det er klart at de ulike typene av arbeidsrettslige reaksjoner av den grunn ilegges ulik vurdering.

Selv om vurderingene bygger på ulik terskel er det grunnleggende spørsmålet i utgangspunktet likt. Spørsmålet er om reaksjonsformen er *passende* sett opp mot alvorligheten av arbeidsgiverens mislighold av forbudet mot å bruke sosiale medier.

For tankens del kan det her oppstilles en *alvorlighetsskala* eller et *proporsjonalitetsprinsipp*. Man kan tenke seg at i det nedre sjikt finner vi en arbeidstaker som ubevisst bryter forbudet mot å bruke sosiale medier, for eksempel fordi han ikke var klar over at forbudet var innført. I det øvre sjikt vil man finne arbeidstakeren som selv etter en rekke *advarsler* allikevel benytter sosiale medier i arbeidstiden, selv om forbudet er tydeliggjort for ham gjennom opplyst *arbeidsreglementet* på arbeidsplassen. Det synes klart at det fra arbeidsgivers side ikke bør reageres likt på disse to misligheter.

For reaksjonsformene *oppsigelse* og *avskjed* er det klart at terskelen for arbeidsgiver å benytte seg av disse må være ulik. I aml. §15-14 (3), 3.pkt er det inntatt en bestemmelse som sier at der

”Retten kan også bestemme at arbeidsforholdet skal opphøre når den finner at vilkårene for saklig oppsigelse er til stede”.

Dette tolkes slik at der en arbeidstaker har misligholdt forbudet mot å bruke sosiale medier vil det undertiden bero på en *konkret vurdering* om dette forhold med rimelighet bør føre til avskjed, om misligheten kun kvalifiserer til oppsigelse eller om misligholdet ikke kvalifiserer til en reaksjon i det hele tatt. I det følgende vil det gis eksempler på momenter i denne vurderingen.

6.3 Momenter i vurderingen

De følgende momenter er ”ingredienser” i en helhetsvurdering som samlet sett skal kunne avgjøre spørsmålet om arbeidstakers brudd på forbudet mot å bruke sosiale medier kan møtes med oppsigelse eller avskjed. En slik vurdering bunner ut i en tanke om at en arbeidsrettslig reaksjon er *saklig*. Jeg velger å kun ta med momenter som har relevans til problemstillingen. Andre momenter, eksempelvis *subjektive rimelighetsmomenter* og *reaksjonstiden*, faller derfor utenfor.

6.3.1 Hensikt

Som nevnt kan det tenkes at arbeidstakerens brudd på arbeidsgivers forbud mot å bruke sosiale medier *gjøres ubevisst*, for eksempel der en arbeidstaker ikke var klar over at det var vedtatt et forbud mot å bruke sosiale medier. I seg selv er ikke *uaktsomhet* en fritakelsesgrunn for verken oppsigelse eller avskjed, jfr. Jakhelln. Dermed kan arbeidstakeren i utgangspunktet møtes med reaksjoner i slike tilfeller.⁷⁰ Likevel er det alminnelig antatt at det er særlig de *graverende* ubevisste forhold som rammes, jfr. ordlyden i aml. §15-7(1), sammenlign sjømannsloven §15, 1.ledd, bokstav a). Vurderingen vil her gå ut på å sammenligne graden av uaktsomhet opp mot den risiko, fare eller skade den uaktsomme bruken skaper.

Der forbudet mot å bruke sosiale medier er gitt på grunn av effektivitetshensyn vil et ubevisst brudd på forbudet neppe kvalifisere til en arbeidsrettslig reaksjon, all den tid det ikke oppstår noen risiko av betydning. Det eventuelle tap av effektiv arbeidstid vil neppe krysse den alvorlighetsterskel som her fremstilles.

Arbeidsgivers forbud mot å bruke sosiale medier i arbeidstiden kan også være gitt av sikkerhetsmessige årsaker. I slike tilfeller kan et ubevisst brudd åpenbart føre til risiko, for eksempel ved at virksomhetens nettverk blir sårbart for uønsket trafikk/hacking. På den annen side vil det være arbeidsgiverens oppgave å opplyse arbeidstakeren om forbudet. Jakhelln skriver at forutsetningen for å si opp uaktsom arbeidstaker må være at "*den ansatte har fått tilstrekkelig instruksjon, opplæring og oppfølging*".⁷¹ På den annen side vil man i det vesentligste kunne legge til grunn at et forbud mot å bruke sosiale medier på bakgrunn av sikkerhetshensyn med få unntak fremgår av virksomhets *arbeidsreglement*. Som pkt. 6.3.4 viser vil det kunne bebreides arbeidstakeren å ikke være oppdatert på slike forhold.

Det kan tenkes at arbeidstaker er å bebreide for at han ikke har fått informasjon om forbudet. Han kan ha unnlatt å delta på møter, ikke lest arbeidsreglementet mv. Slike momenter vil legges skjerpene til grunn på arbeidstakers side. Allikevel synes det her å måtte legges til grunn at det er arbeidsgivers ansvar å sørge for at hver enkelt arbeidstaker har fått tilstrekkelig informasjon, all den tid sikkerheten prioriteres høyt. Der arbeidstakeren *bevisst* har unnlatt å tilegne seg informasjon vil

⁷⁰ Jakhelln (2006) s. 433 (oppsigelse) og s. 472 (avskjed)

⁷¹ Jakhelln (2006) s. 433

man uansett ikke snakke om *uaktsomhet*, og vurderingen vil i slike tilfeller bli annerledes.

Der arbeidstakeren med *vilje* setter seg ut over forbudet vil dette legges skjerpende til arbeidstakers forhold, på samme måte som uaktsomhet undertiden må vurderes *formildende*. Jakhelln skriver at det vil måtte "*legges betydelig vekt på hvor meget arbeidstakeren er å bebreide, slik at forsettlig handlinger vil måtte tillegges vesentlig større vekt enn handlinger foretatt av uaktsomhet*".⁷²

6.3.2 Førstegangs – og gjentakende mislighold

Det må legges formildende til vurderingen at arbeidstaker bryter med arbeidsgivers forbud kun én (og første) gang. I Rt. 1992 s. 1023 legger mindretallet til grunn at den lange tjenestetiden, sammenholdt med at det var snakk om et førstegangstilfelle, talte for at arbeidstakeren ikke kunne sies opp.⁷³ Holdt opp med alvorligheten av bruddet og graden av *hensikt* er spørsmålet om førstegangsovertredelser krysser terskelen for oppsigelse eller avskjed.

I vurderingen må det dog foretas en totalvurdering, hvor også tidligere ikke relaterte forhold spiller inn, jfr. Rt. 1965 s. 159⁷⁴. I denne dommen trakk HR også inn tidligere forseelser som en del av begrunnelsen for avskjeden, noe lagmannsretten mente det *ikke* var adgang til.

Der arbeidstaker også tidligere har brutt forbudet med å bruke sosiale medier vil gjentakende forhold veie tungt mot oppsigelse og avskjed. Ofte vil arbeidstaker gi arbeidstaker en *advarel* ved første gangs overtredelse.

6.3.3 Advarsler

Der arbeidsgiver har gitt arbeidstaker en advarsel, vil dette måtte fremstå for arbeidstaker som en oppfordring til å være mer aktsom i tiden fremover. Av denne grunn vil et nytt brudd på forbudet mot å bruke sosiale medier *etter* at advarsel er blitt gitt sees på som en skjerpende omstendighet. I Rt. 1956 s. 578 ville HR ikke legge vekt på det forhold at den oppsagte arbeidstakeren *ikke* hadde fått advarsel, og uttaler generelt at "*[J]eg vil imidlertid ikke dermed utelukke at det i mange tilfelle vil kunne ha betydning om advarsel er gitt, når en skal ta stilling til om en oppsigelse fyller lovens krav til*

⁷² Jakhelln (2006) s. 472

⁷³ Rt. 1992 s. 1023, på side 1029

⁷⁴ Rt. 1965 s. 159, på side 164

saklighet”.⁷⁵

Hensynet bak å gi advarsel er at arbeidstakeren skal få anledning til å rette seg til den adferd arbeidsgiveren med rette kan forvente av ham. Der arbeidsgiver på forhånd *ikke* har ilagt arbeidstakeren en advarsel vil dette være et moment i *saklighetsvurderingen* av reaksjonens gyldighet. I RG-1994- 1121 ble en direktør oppsagt. Arbeidstakeren selv hevdet at han ikke visste at arbeidsgiver var misfornøyd med hans innsats, og at han følgelig ikke hadde fått noen sjanse til å endre sin atferd. Retten uttaler at: ” *[V]ed den videre vurdering har retten funnet at det bør legges avgjørende vekt på at (A) ikke fikk noe varsel om at selskapet var misfornøyd med ham før han den 29.juni 1992 fikk beskjed om å slutte som daglig leder av selskapet. Inntil dette tidspunkt var (A) selv av den oppfatning at han gjorde en god jobb som direktør i selskapet. Retten bemerker at en oppsigelse er en alvorlig reaksjon som ikke bør gjennomføres uten at det er rimelig sikkert at arbeidstakeren ikke vil etterleve de krav som stillingen innebærer. I nærværende sak synes ikke (A) å ha fått noen sjanse til eventuelt å korrigere sin arbeidsform før den reelle oppsigelsen var ett faktum den 29.juni 1992*”.

I Rt. 1956 s. 578 uttaler førstvoterende at det ”*i mange tilfeller vil kunne ha betydning om advarsel er gitt...*”. Noe mer enn et moment i saklighetsdrøftelsen vil en advarsel altså ikke være.⁷⁶ ILO rekommandasjon nr. 166, art. 8 anbefaler at det gis advarsel forut for en oppsigelse på grunn av arbeidstakers forhold, men Norge er ikke bundet av dette.

Der misligholdet er alvorlig er det ikke et krav om å gi forutgående advarsel før reaksjonen, jfr. Rt. 2001 s. 1362. I dommen opprettholdes det utgangspunkt at advarsel kun tjener som et moment i drøftelsen, da det uttales at ” *[V]ed vurderingen av om pliktbrudd fra arbeidstakerens side kan danne grunnlag for oppsigelse, vil det kunne være ett moment om det er gitt advarsel, hvor det er blitt gjort klart at fortsatt pliktbrudd vil kunne medføre oppsigelse*”. Videre uttales det at ” *[I] dette tilfellet dreier det seg imidlertid om så massive, åpenbare og vedvarende pliktbrudd fra As side at det etter min mening ikke kan være noe vilkår for gyldig oppsigelse at advarsel er gitt*”.

Utgangspunktet etter dette er at ved alvorlige pliktbrudd vil de hensyn som en advarsel skal beskytte falle bort all den tid arbeidstakeren er sterkt å bebreide. Så også Jakhelln som skriver at ”*ved massive,*

⁷⁵ Rt. 1956 s. 578, på side 580

⁷⁶ Sønsteli Johansen og Stueland (2011) s. 708

åpenbare og vedvarende pliktbrudd er det imidlertid i alle fall ikke noe vilkår for gyldig oppsigelse at advarsel har vært gitt".⁷⁷ På samme måte som det ved spørsmålet om hvilken *reaksjon* som kan brukes på hvilket forhold stilles det også her opp en slags *proporsjonalitetsvurdering*. Da er det nærliggende å spørre om det er et krav til forutgående advarsel i de tilfeller der brudd på forbudet mot å bruke sosiale medier i arbeidstiden kan føre til oppsigelse eller avskjed.

I pkt. 3.3.3 viser jeg at i de fleste tilfeller vil arbeidstakers brudd på forbudet mot å bruke sosiale medier i arbeidstiden vil være å finne blant det nedre sjikt i alvorlighetsskalaen. De hensyn som advarsel skal beskytte vil derfor være intakte der misligholdet ikke skaper slik risiko, fare eller skade som hører hjemme i det øvre sjikt av skalaen. I denne vurderingen kan man trekke inn de momenter som kommer frem i pkt. 3.3.3. Det bakenforliggende grunnlag for selve forbudet, det være seg effektivitet eller sikkerhet, vil også ha betydning i denne sammenheng, se pkt. 3.3.1 og 3.3.2. Der effektivitetshensyn ligger bak vil et brudd på forbudet isolert sett være en liten overtredelse, og kan neppe møtes med oppsigelse eller avskjed ved første gangs overtredelse. Der arbeidstakeren har mottatt en advarsel på det samme forhold tidligere vil en ny overtredelse representere et alvorligere brudd selv om selve handlingen isolert sett er den samme som tidligere. Arbeidstakeren bør da være klar over at denne type oppførsel ikke er akseptert på arbeidsplassen, og et brudd vil derfor være en klar indikasjon på *hensikt*. Videre vil et nytt brudd representere et *gjentatt mislighold* som er lettere beviselig all den tid man kan vise til den tidligere advarsel.

Der et forbud mot å bruke sosiale medier er gitt på bakgrunn av sikkerhetsmessige hensyn ved virksomheten vil vurderingen kunne bli noe annerledes. Et brudd på forbudet vil i slike tilfeller ha potensial til å forårsake stor skade ved virksomheten, og som nevnt over vil *alvorlige* brudd ikke fortjene den beskyttelse som advarsel faktisk gir. Viktig i denne vurderingen blir da graden av uaktsomhet. Legger man til grunn at arbeidstakeren *visste eller burde vist* at bruken av sosiale medier ville medføre en sikkerhetsrisiko for virksomheten er dette et moment som taler for at advarsel ikke er nødvendig for å foreta en oppsigelse eller avskjed. Det må også sondres mellom de tilfeller der bruken av sosiale medier har forårsaket en *faktisk skade* og der bruken kun har resultert i en *risiko*. Der bruken har ført til et økt risikonivå vil terskelen for å si opp eller avskjedige en arbeidstaker være høyere enn der det foreligger en skade. Følgelig vil også behovet av å utstede en advarsel variere –

⁷⁷ Jakhelln (2006) s. 434

reaksjonen advarsel må være proporsjonal med det konkrete forholdet.

I en virksomhet der forbud mot å bruke sosiale medier nylig er blitt innført vil man kunne oppleve utglidning i startfasen, slik at advarsler i den forstand kan tjene som et virkemiddel som effektuerer forbudet. En advarsel vil også kunne tjene som et senere *bevis* for at det forhold advarselen gjelder faktisk har skjedd, og at arbeidstakeren da senere har valgt ikke å *innrette* seg etter advarselen, jfr. Fanebust, som blir sitert i Rt. 2001 s. 1362.^{78 79}

Der *konsekvensene* av et brudd på forbudet mot å bruke sosiale medier i arbeidstiden er tydeliggjort for arbeidstaker på forhånd vil tyngden av advarsel som moment i vurderingen bli vesentlig svekket. Informasjonen vil her tjene som et fullgodt alternativ til advarselen i de fleste sammenhenger. Ofte vil slik informasjon bli distribuert på arbeidsplassen i form av et *arbeidsreglement*.

6.3.4 Brudd på arbeidsreglement

Arbeidsreglement *skal* opprettes i virksomheter med mer enn 10 ansatte, jfr. aml. §14-16. Dette er ikke veien for at arbeidsreglement også kan innføres i *mindre* bedrifter. Hvilken vekt man skal legge på *momentet arbeidsreglement* er avhengig av at det faktisk er *innført* i virksomheten. Slik lovverket er i dag anser jeg det som mest praktisk å innføre et forbud mot å bruke sosiale medier i arbeidsreglement, se pkt. 3.2.3.

I dag er mye av det som før ble regulert i arbeidsavtalen blitt nedtegnet i arbeidsreglement, tariffavtaler eller i loven. I hvilken grad en arbeidsgiver kan si opp eller avskjedige en arbeidstaker vil det sentrale i denne sammenheng være hvorvidt arbeidstaker har brutt en bestemmelse inntatt i arbeidsreglementet.⁸⁰

Det fremgår av aml. §1-9 at "*Loven kan ikke fravikes ved avtale til ugunst for arbeidstaker med mindre det er særskilt fastsatt*". Videre vil tariffbestemmelser i strid med arbeidsreglement gå foran. Også forhold bestemt i arbeidsavtalen vil ha høyere trinnhøyde enn arbeidsreglement. At det står opplyst i arbeidsreglementet at bruk av sosiale medier vil føre til oppsigelse eller avskjed er derfor ikke

⁷⁸ Fanebust (2001) s. 247 flg.

⁷⁹ Rt. 2001 s. 1362, på side 1377

⁸⁰ Sønsteli Johansen og Stueland (2011) s. 616

avgjørende i de tilfeller der misligholdet ikke krysser proporsjonalitetsterskelen til den konkrete reaksjon.

Adgangen til å innføre arbeidsreglementet utledes fra arbeidsgivers styringsrett. Innholdet i arbeidsreglementet er således representativt for arbeidsgivers vilje, jfr. også Rt. 2005 s. 518⁸¹ (mer om dommen i neste avsnitt). Et brudd på en bestemmelse i arbeidsreglementet mot å bruke sosiale medier i arbeidstiden kan arbeidsgiver derfor i utgangspunktet reagere på. Et arbeidsreglement skal alltid godkjennes av arbeidstakerens tillitsvalgte, jfr. aml. §§14-7 (1) og 14-7 (2). Videre står det at arbeidsgiver må sørge for at hver arbeidstaker mottar en utgave av arbeidsreglementet, og i tillegg må regelverket slås opp på arbeidsplassen, jfr. aml. §14-17(3). Det legges derfor til grunn at arbeidstakeren selv må være kjent med innholdet i arbeidsreglementet. Er arbeidstakeren på tross av dette *ikke kjent* med regelverket faller dette under uaktsomhetsvurderingen. I de tilfeller der regelverket er kjent og arbeidstakeren likevel bryter med et slikt forbud er dette et moment som kan trekkes inn i vurderingen av hensikt.⁸²

Sentralt er altså at arbeidstakerne har fått opplyst arbeidsreglementet, da dette er et moment som kan legges skjerpene til grunn i spørsmålet om forholdet kan medføre oppsigelse eller avskjed. I Rt. 2005 s. 518 var spørsmålet om en arbeidstaker kunne avskjediges i og med han hadde brutt arbeidsplassens regelverk ved å laste ned pornografi.⁸³ Retten trekker her frem det moment at arbeidstakeren var *kjent* med regelverket og uttaler: *"[D]et er videre på det rene at selskapet har formidlet regelverket på en adekvat og formålstjenlig måte overfor de ansatte. Både B og A har forklart at de var kjent med reglene, i hvert fall i hovedtrekk. De var også kjent med den særskilte oppfordring Ekofisk-komiteen - ankemotpartens egen fagforening - sendte ut med sikte på å bringe slikt misbruk av selskapets datanettverk til opphør. Begge var også kjent med at man fra bedriftens side oppfattet surfing på nettsider med pornografisk materiale - og nedlasting av filer fra slike sider - som en særlig sikkerhetsrisiko i forhold til selskapets datanettverk"*. Regelverket var her godt kjent av arbeidstakeren. Spørsmål kan dog reises om hvor stor vekt man skal legge på *innsatsen* arbeidsgiveren har lagt ned i distribusjonen av regelverket.

⁸¹ Rt. 2005 s. 518, avsnitt 43

⁸² Se pkt. 6.3.1

⁸³ Rt. 2005 s. 518, i avsnitt 43

I Rt. 2001 s. 1589 ble en elektroingeniør (A) ved Raufoss Engineering & Services AS oppsagt etter å ha brukt arbeidsgivers internettlinje til private formål. A anførte at oppsigelsen var usaklig, og hevdet blant annet at arbeidsreglementet ikke var tilgjengelig for ham. HR uttaler til dette at siden A var ansatt ved IT avdelingen skulle reglement om internettbruk uansett være forhold A burde være kjent med. Videre legger HR vekt på at regelverket var ”...*lagt ut på nettet og tilgjengelig for alle*”. Dette henger godt sammen med det grunnleggende utgangspunkt at arbeidsmiljøloven skal være dynamisk, i den forstand at den skal følge utviklingen i samfunnet. Man kan ikke *i dag* legge arbeidsgiver til last at en kopi av regelverket ikke er utdelt til hver arbeidstaker, all den tid slik regelverk ligger tilgjengelig for alle, på for eksempel virksomhetens internettsider. Slik distribusjon krever små ressurser av arbeidsgiver og samtidig sikrer man at arbeidstakerne når som helst har mulighet til å holde seg oppdatert på det gjeldende regelverk. En arbeidstaker som bryter med et forbud mot å bruke sosiale medier i arbeidstiden bør i dagens samfunn neppe kunne høres med at han ikke visste om regelen dersom arbeidsgiveren har sørget for at regelverket ligger åpent tilgjengelig for alle, eksempelvis på internett.

6.3.5 Oppsummering

De momenter som nevnt over er en del av den konkret vurdering som må foretas. Det vil undertiden kunne foreligge et samspill mellom flere momenter. Der et mislighold skjer første gang er det vanskelig å reagere på annen måte enn advarsel, såfremt det ikke er alvorlig. Advarsel som moment vil ha mindre å si der arbeidstaker ved flere anledninger *beviselig* har misligholdt forbudet. Advarsel vil kunne avhjelpe bevissituasjonen. Der arbeidstaker bryter med et *kjent* forbud i arbeidsreglementet vil advarsel undertiden fremstå som en *mild* reaksjon. I alle tilfeller vil graden av uaktsomhet eller hensikt være et moment som trekker den ene eller den andre veien.

7 Rettspolitisk vurdering og konklusjon

Gjennom denne avhandlingen har jeg vist at der arbeidsgiver i kraft av styringsretten ønsker å innføre et forbud mot å bruke sosiale medier i arbeidstiden vil dette ikke rettslig kunne defineres som et kontrolltiltak. Terskelen i inngrepsvurderingen anses ikke krysset. Forbudets gyldighet vil da vurderes i lys av allmenne saklighetsnormer på ulovfestet grunnlag, med de begrensninger en slik vurdering har holdt opp mot den vurdering som følger av aml. §9-1. Spørsmålet er om dette er en god løsning både av hensyn til arbeidsgiver og arbeidstaker.

En ulovfestet begrensning basert på allmenne saklighetsnormer byr på problemer av den enkle grunn at det er vanskelig å sette seg inn i den type regulering. Hensynet til forutberegnelighet for

arbeidstaker og arbeidsgiver er tilsidesatt. Arbeidsretten er et særlig rettsområde der behovet for oversiktlig og klar lovtekst er stort. Der ulovfestet regulering kombineres med manglende juridisk kunnskap vil resultatet ofte bli et stort antall overtredelser. Derfor kan det fremstå som viktig at presise lovregler må regulere forholdet. Lovregulering på generelt grunnlag vil ha en *særlig oppdragende effekt* på partene. Det vil være enklere for arbeidstaker å forholde seg til klar lovtekst, og arbeidsgiver kan på en bedre måte forstå at et forbudet mot å bruke sosiale medier må baseres på et saklig grunnlag. Slik blir hensynet til forutberegnelighet ivaretatt på en effektiv og god måte.

På den annen side vil det være vanskelig for lovgiver å holde følge med den stadig raskere teknologiske utviklingen. Der lovregulering er ønskelig må lovgiver ofte *ofre* presis med vag lovtekst, som i seg selv ikke hjelper partene i særlig grad, holdt opp mot ulovfestede saklighetsnormer hva angår forutberegnelighet. Aml §9-1 er en rettslig standard, og slike bestemmelser skaper tolkningsproblemer i praksis, også for jurister. Det er ofte ikke godt å si hva som til enhver tid og i de konkrete tilfellene er juridisk "*saklig*" verken på lovfestet eller ulovfestet område.

Spørsmålet blir derfor hva som bør bli gjort, om noe, for å bedre forutberegneligheten for partene.

Lovens vage formuleringer kunne vært avhjulpet ved å utforme et mer detaljert regelverk. Det er imidlertid klart at loven fortsatt må være robust nok til å tåle den videre samfunnsutvikling grunnet teknologiens stadig økende fremskritt. Dette tilsier at det gjerne skulle vært gjort detaljregulering i forskrift form eller eventuelt på tariffplan.

Et selvstendig tiltak kunne vært obligatorisk kursing av arbeidsgivere og tillitsvalgte om utfordringene som oppstår ved bruk av sosiale medier, herunder adgangen til å iverksette forbud. Et slikt tiltak ville etter min mening i alle tilfeller hatt store samfunnsøkonomiske fordeler i form av kompetanseutvikling og vil kunne bidra til å avlaste domstolene i fremtiden.

Konklusjonen på avhandlingen er at et forbud mot å bruke sosiale medier i arbeidstiden i dag er et tiltak arbeidsgiver kan innføre uten begrensning i lov, arbeidsavtale eller tariffavtale. Forbudet må dog begrenses av allmenne saklighetsnormer. Arbeidsgivers adgang til å reagere mot mislighold av et slikt forbud må vurderes konkret.

8 Referanser

Litteraturliste

Jakhelln, Henning, *Oversikt over arbeidsretten*, (Oslo 2006)

Stueland, Einar, Johansen, Atle S., *Arbeidsmiljøloven: kommentarer og praksis*, (Oslo 2011)

Allstrin, Tor, Dale, Gry Brandshaug, Østensvig, Jon, *Endring og opphør av arbeidsforhold*, (Oslo 2008)

Palfrey, John, Gasser, Urs, Born digital – understanding the first generation of digital natives, (New York, 2008)

Fanebust, Arne, *Oppsigelse i arbeidsforhold*, (Oslo 2001)

Berg, Paal, *Arbeidsrett*, (Oslo 1930)

Evju, Stein, *Arbeidsrett og styringsrett – et perspektiv. Arbeidsrett og arbeidsliv* (Oslo 2003), bind 1.

Fougner, Jan, *Endring i arbeidsforhold. Styringsrett og arbeidsplikt*, (Oslo 2007)

Eckhoff, Torstein, Smith, Eivind, *Forvaltningsrett*, (Oslo 2006)

Storeng, Nils, Beck, Tom Henrik, Lund, Arve Due, *Arbeidslivets spilleregler*, (Oslo, 2011)

Andersen, Kristen, *Fra arbeidslivets rett*, (Oslo 1967)

Allstrin, Tor, Dale Gry Brandshaug, Østensvig, Jon, *Endring og opphør av arbeidsforhold*, (Oslo 2008)

Artikler og undersøkelser

Kaplan, Andreas M, Haenlein, Michael, *Users of the world, unite! The challenges and opportunities of Social Media*, Business Horizons, Vol. 53, Issue 1, side 59-68.

TNS Gallup InterBuss Q4 2010 – ”norske personer og husholdningers bruk av internett og teknologi”.

Gjengitt med tillatelse fra TNS Gallup.

Lover

LOV 1927-05-05-1 Lov om arbeidstvister (arbeidstvistloven)

LOV 1975-05-30-18 (Sjømannslov)

LOV 1977-02-04-4 (opphevet) Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø

LOV 2005-06-17 nr. 62: Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)

Forarbeider

Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) Arbeidsmiljøloven (1977)

Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) Arbeidsmiljøloven (2005)

Konvensjoner

ILO rekommandasjon nr. 166, art. 8

Tariffavtaler

Hovedavtalen LO-NHO 2010-2013

Dommer

Høyesterett

Rt. 1965 s. 159

Rt. 1956 s. 578

Rt. 1992 s. 1023

Rt. 2001 s. 418

Rt. 2001 s. 1362

Rt. 2000 s. 1602

Rt. 2005 s. 518

Rettens Gang

RG-1994-1121 (Agder lagmannsrett)

RG-2007-56 (Borgarting lagmannsrett)

RG-2007-855 (Frostating lagmannsrett)

RG-2010-310 (Borgarting lagmannsrett)

LB-1999-1882 (Borgarting lagmannsrett)

LB-2004-57689 (Borgarting lagmannsrett)

LB-2003-9695 (Borgarting lagmannsrett)

LE-2009-101574 (Eidsivating lagmannsrett)

LF-2008-141441 (Frostating lagmannsrett)

ARD

ARD 1918 side 19

ARD 1951 side 201

ARD 1958 side 189

ARD 1959 side 1

ARD 1978 side 110